

L'ACTE D'INSTRUCTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 1962

PAR

BERNARD BOULOC

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. STEFANI, Professeur

Suffragants { M. LEVASSEUR, Professeur
M. VOUIN, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

—
1965

L'ACTE D'INSTRUCTION

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses : ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



L'ACTE D'INSTRUCTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 1962

PAR

BERNARD BOULOC

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. STEFANI, Professeur

Suffragants { M. LEVASSEUR, Professeur
M. VOUIN, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

1965

A MA FEMME

A MES PARENTS

A MONSIEUR LE PROFESSEUR STEFANI

Abréviations

B.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (le numéro qui suit ce sigle indique le numéro de l'arrêt au Bulletin et non la page).
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat.
C.I.C.	Code d'instruction criminelle (1808).
C.P. Civ.	Code de procédure civile.
C.P.P.	Code de procédure pénale.
Civ.	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation.
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D. (ou D.P.) ..	Recueil Dalloz.
D.H.	Recueil Dalloz hebdomadaire.
G.P.	Gazette du Palais.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique).
Req.	Arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation.
Rec. Drt. pénal .	Recueil de droit pénal.
Rev. pén.	Revue pénitentiaire.
Rev. sc. crim. ..	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
S.	Recueil Sirey.

INTRODUCTION

1. — En procédure pénale, « deux intérêts contradictoires s'opposent : les nécessités de la défense sociale et de la répression d'une part, les garanties de la liberté individuelle d'autre part » (1). Cet antagonisme foncier se manifeste à tous les stades de la procédure, mais c'est plus particulièrement à propos de l'établissement de la preuve que l'équilibre de ces deux forces contraires doit être recherché. L'acte d'instruction atteste la difficulté de parvenir à une solution équitable qui respecte à la fois les droits de la société et ceux de l'individu.

L'instruction constitue, en effet, la phase préparatoire du procès pénal. Elle a pour objet de déterminer si, relativement à un agissement considéré comme délictueux, un individu doit être traduit devant une juridiction de jugement chargée de prononcer une sanction. La gravité de cette dernière a conduit le législateur à confier à un magistrat le soin de rechercher les éléments de preuve. Le Code de procédure pénale attribue cette mission au juge d'instruction qui est autorisé à procéder à tous les actes d'information jugés utiles à la manifestation de la vérité (art. 81, al. 1).

2. — Cette nécessité de connaître la vérité découle directement de l'objet même du procès pénal. Le juge répressif ne peut se satisfaire d'être un arbitre ; il a le droit et le devoir de procéder lui-même à la recherche de la preuve.

En matière civile, le rôle du magistrat consiste, généralement, à trancher les litiges entre particuliers. Pour ce faire, il apprécie le bien-fondé des arguments présentés par l'une et l'autre des parties, et il statue en fonction de la meilleure preuve rapportée. En outre, l'objet de l'instance est très souvent d'ordre pécuniaire. Le procès pénal, en revanche, a pour but principal de déterminer si le compor-

(1) Conclusions du substitut général Combaldieu, Paris, 24-1-1952, S. 1952.II.93.

tement d'un individu a eu un caractère nuisible pour la société. Celle-ci est donc l'adversaire du délinquant. De plus, la sanction prononcée n'atteindra pas exclusivement le patrimoine du délinquant ; elle concernera directement sa personne, attendant au moins à son honneur, souvent à sa liberté, parfois à sa vie.

Ces différences entre le procès civil et le procès pénal justifient le particularisme de la recherche de la preuve (2). Mais, il n'en a pas été toujours ainsi.

3. — Longtemps, en effet, la procédure pénale a connu le système accusatoire selon lequel l'initiative des poursuites et la charge de la preuve appartenaient aux particuliers, et le juge devait apprécier en fonction des éléments présentés. A vrai dire, toute la procédure se déroulait devant la juridiction de jugement, sans information préalable. Telle fut la procédure suivie en Grèce, puis à Rome. En France, la procédure accusatoire fut exclusivement usitée jusqu'au XII^e siècle (3). Malgré l'organisation des Etats modernes, ce mode de procéder a, néanmoins, continué de subsister. Toutefois, ce n'est plus seulement la victime qui peut agir mais aussi toute autre personne.

Un tel système est encore utilisé en Grande-Bretagne, actuellement. Bien qu'il y ait un accusateur, les infractions réglementées ne sont pas des délits privés mais des délits publics et le citoyen qui agit poursuit au nom de l'intérêt public. Pour pallier les inconvénients qui peuvent résulter de l'inaction des particuliers, le droit anglais a accordé des pouvoirs à des officiers de la Couronne, pour permettre la poursuite des infractions que personne n'aurait poursuivies. Par ailleurs, se sont créées des associations ayant pour objet unique de lutter contre certains actes délictueux (4).

En France, l'évolution a été différente, en raison de l'influence des juridictions ecclésiastiques et de l'extension des prérogatives royales.

4. — Les Cours d'Eglise qui, les premières, instituèrent des juges permanents, adoptèrent une procédure issue directement de la procédure romaine du Bas-Empire. L'accusation fut donc remplacée par la dénonciation qui céda la place à l'enquête (5).

L'enquête consiste en l'audition des témoins par un magistrat, en l'absence des parties elles-mêmes. Ces enquêtes étaient seulement communiquées aux parties. Par la suite, la procédure se fermera au point

(2) Cf. « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », par J. PATARIN, in « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal », Paris, 1956, p. 7 et ss. DENIZART, « La charge de la preuve », Thèse, Paris, 1956.

(3) Cf. F. HÉLIE, « Traité de l'instruction criminelle », 2^e éd. Tome I, A. ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France ».

(4) GARRAUD, « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », Tome I, n° 81.

(5) STEFANI et LEVASSEUR, « Procédure pénale », 3^e éd, n° 62 ; BOUZAT et PINATEL, « Traité de droit pénal et de criminologie », II, n° 946.

de supprimer la communication et d'éliminer l'appel des témoins aux audiences. Cette manière de procéder ne manqua pas d'influencer les juridictions laïques.

Les anciennes formes de poursuite s'en trouvèrent modifiées, puisqu'il devint de l'office des juges de poursuivre les crimes, même en l'absence de tout accusateur. Le concours des parties privées n'est plus nécessaire et le juge apprend les faits au terme d'une instruction particulière, dénommée « aprise » (6).

5. — L'action publique, désormais, est passée aux mains des juges. Par la dénonciation, le plaignant abandonnait à la discrétion du juge le soin de la poursuite et les intérêts qu'il surveillait auparavant. Les officiers royaux se trouvèrent subrogés aux droits des parties. Ce changement fut facilité par l'institution des Procureurs du roi.

Institués pour défendre les intérêts financiers du roi, ces derniers devaient rapidement devenir des magistrats. La royauté tendit, en effet, à devenir le centre de tous les intérêts de l'Etat et les intérêts particuliers du roi se confondirent avec les intérêts généraux. Ainsi que l'a brillamment montré A. Esmein, l'accroissement du pouvoir royal s'est effectué par l'extension de ses prérogatives en matière judiciaire.

L'utilisation de la dénonciation allait aussi entraîner la concentration de l'instruction aux mains du juge, puisque les parties cessèrent de participer aux actes de l'instruction. En un mot, les actes d'instruction allaient être menés en secret. Seul le jugement avait encore lieu en audience publique (7).

6. — L'acte d'instruction se présentait alors essentiellement comme un acte du juge. L'inculpé ignorait tout des charges qui s'accumulaient contre lui, à cause du secret qui couvrait toute la procédure. En outre, sa situation se trouvait aggravée du fait du système de preuve admis. Seul, l'aveu faisait pleine preuve, et les magistrats le recherchaient par tous les moyens. L'acte d'instruction, par excellence, était l'interrogatoire, dont la question n'était qu'une modalité. Il était considéré, en effet, que la manifestation de la vérité pouvait être obtenue de manière quasi parfaite sous l'influence des douleurs. Si l'aveu n'était pas obtenu, la preuve était faite de l'innocence d'un suspect.

Les ordonnances de 1539 et de 1670 ne firent que maintenir et confirmer les éléments dégagés par l'ordonnance de 1498 (8). En réalité, depuis le XIV^e siècle, la recherche de la preuve avait un souci de pleine efficacité. L'intérêt de la Société était au premier plan, tandis que les droits de la personne inculpée étaient inexistantes. Cette situation ainsi que les abus dus à la fois au secret et au système des preuves légales, devait être renversée avec la Révolution.

(6) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome I, n° 286.

(7) Une ordonnance de mars 1498 réglementait cette nouvelle procédure.

(8) Voir à cet égard, VITU, « Procédure pénale », pp. 16 et 17.

7. — Le souci d'efficacité de la réaction sociale fut mis au second plan, tandis que triomphaient les droits de l'individu et de la personne humaine.

Un nouvel ordre judiciaire, créé par les différentes lois des 16-24 août 1790, 19-22 juillet 1791 et 16-29 septembre 1791, remplaça les différentes juridictions prévôtales, seigneuriales et royales, par trois juridictions composées de magistrats recrutés par l'élection : les tribunaux de police municipale, ceux de police correctionnelle et les tribunaux criminels.

Devant ces diverses juridictions, la procédure n'est plus menée en secret, mais au grand jour. D'ailleurs, pour les tribunaux de police municipale et ceux de police correctionnelle, l'instruction était effectuée totalement à l'audience, qui était publique.

C'est seulement en matière criminelle qu'existait une information préalable à la saisine de la juridiction de jugement. Confiée au juge de paix, cette enquête était examinée par le directeur du jury, qui pouvait la compléter. Si les charges paraissaient suffisantes, un acte d'accusation était dressé et la procédure était soumise au jury d'accusation (9). Une réponse affirmative entraînait la saisine du tribunal criminel. Un jury de jugement, différent du premier, statuait sur la culpabilité au vu des preuves rapportées. Les juges appliquaient la loi, sur cette déclaration, en donnant aussi leur avis à haute voix (10).

8. — Les circonstances ne permirent pas un fonctionnement normal de la procédure nouvellement créée. L'initiative des particuliers fut souvent en sommeil par suite de crainte ou d'inertie.

Des améliorations à ce système, qui desservait les intérêts de la répression, furent apportées par une meilleure organisation de l'instruction préparatoire.

Si le code de Brumaire An IV charge encore les juges de paix de procéder aux premières informations, ces derniers sont soumis plus étroitement à la surveillance du directeur du jury. Les actes d'instruction sont donc contrôlés. Comme le remarque Faustin Hélie, « l'information écrite fut elle-même mieux faite, acquit plus d'ampleur, prit une grande importance et recommença d'éclairer, comme sous l'ancienne législation, la direction du procès » (11).

La loi du 2 Pluviôse An IX accentua encore le retour à une procédure inquisitoire plus marquée. L'accusation publique n'ayant pas fourni tous les résultats qu'on en escomptait, des magistrats de sûreté furent institués, qui prirent la direction de la police judiciaire.

(9) En cas d'inaction du directeur du jury, la partie plaignante pouvait aussi dresser l'acte d'accusation et saisir le jury d'accusation qui statuait sur la suite à accorder à l'affaire.

(10) Il est à noter que ce système fut appliqué longtemps par la cour d'assises. A cette époque, le rôle des magistrats ne comportait aucune appréciation puisque le Code pénal de 1791 prévoyait des peines fixes.

(11) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome I, n° 384 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 70.

En outre, cette loi concentrait le pouvoir de procéder aux actes de l'information entre les mains du directeur du jury, magistrat professionnel, qui pouvait même recommencer les actes effectués par la police judiciaire. Le législateur reconnaissant que les réformes apportées n'avaient pas servi la justice, reprenait ainsi les règles dont une expérience de trois siècles avait prouvé l'efficacité.

9. — Il est facile dès lors de comprendre le système qu'allait consacrer le Code d'instruction criminelle, puisque, tour à tour, les deux sortes de procédure avaient été appliquées. Les mérites et les défauts respectifs de chacune étaient ainsi connus.

Dans une procédure purement inquisitoire, l'acte d'instruction est mené sans aucune participation de l'inculpé. Indispensable et nécessaire à toute condamnation, cet acte assure l'ordre et la paix sociale, mais il néglige totalement l'inculpé.

Dans une procédure purement accusatoire, en revanche, la poursuite est confiée aux particuliers. L'acte d'instruction consiste en toute preuve présentée par l'une ou l'autre des parties, et sa caractéristique essentielle réside dans la publicité qui lui est faite.

La procédure pénale cherchait une voie médiane, qui assurerait un équilibre harmonieux entre les deux impératifs de l'ordre social et de la garantie individuelle. Le Code d'instruction criminelle voulut faire œuvre de transaction : il emprunta à la procédure inquisitoire toute la phase préparatoire, et à la procédure accusatoire le mode de jugement (12).

En réalité, comme le montrait déjà Faustin Hélie, cette transaction n'était qu'une apparence : « Il est facile d'apercevoir que la législation incline en secret en faveur des juges... L'audience est publique, mais les délibérations des juges et des jurés sont secrètes ; le débat est oral, mais l'information écrite domine le débat » (13).

Tout l'effort législatif, au XIX^e et au XX^e siècles va tendre à mêler réellement les deux systèmes, en sorte que l'instruction admette des garanties pour l'inculpé.

En d'autres termes, l'acte d'instruction pourra se définir par son contenu, par les formalités destinées à protéger l'inculpé.

10. — En 1808, l'instruction préparatoire est confiée au juge d'instruction qui a pour mission d'effectuer toutes recherches afin de parvenir à la manifestation de la vérité. L'acte d'instruction peut alors se définir soit par son auteur, soit par son objet, puisqu'il est l'œuvre exclusive du juge d'instruction. Ce magistrat dispose des pouvoirs les plus étendus : l'utilité des mesures est laissée à son entière et souveraine appréciation ; c'est notamment lui qui détermine l'opportunité de la mise et du maintien en détention préventive.

(12) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 73 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 951.

(13) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome I, n° 388.

Faustin Hélie pouvait affirmer : « Son pouvoir, que la loi n'a pas défini, est presque illimité : fondé sur la nécessité d'éclairer et de sauvegarder à la fois l'action de la justice, il s'étend à toutes les mesures qui peuvent présenter ce résultat » (14).

Il était peu question des droits de l'inculpé, qui était seul face au juge d'instruction. L'acte d'instruction, dans ces conditions, manquait de garanties destinées à assurer un équilibre entre les droits de la Société et ceux de l'individu, présumé innocent tant qu'une condamnation n'est pas intervenue.

11. — Cette situation paraissait d'autant plus choquante que les rares dispositions libérales du Code d'instruction criminelle n'étaient assorties d'aucune sanction sérieuse. En définitive, tout le système de l'instruction préparatoire dépendait de la conscience du juge, qui devait prendre les mesures de coercition uniquement en fonction de leur nécessité, seule justification du principe inquisitoire (15). Mais, une semblable procédure n'est pas sans danger, car rien ne permet d'entraver tout risque de défaillance du magistrat. Aussi le système de l'opportunité était-il critiqué. « Tous les droits de l'instruction sont établis, les cas où ils peuvent être exercés ne le sont pas » (16). L'acte d'instruction ne doit pas être abandonné souverainement au juge d'instruction, il appartient au législateur d'établir préalablement les formalités nécessaires à la régularité des opérations décidées par des organes de justice. La Justice, en sauvegardant les droits, doit s'efforcer de n'en blesser aucun.

Cette conception de l'acte d'instruction, acte de recherche de la preuve effectué par un juge, allait être modifiée tant par la pratique judiciaire que par la loi.

12. — La jurisprudence eut à dégager ce qu'il convenait d'entendre par acte d'instruction, à propos de plusieurs articles du Code d'instruction criminelle : l'article 257 d'une part et les articles 637 et 638 d'autre part.

L'article 257 C.I.C. édictait une incompatibilité de siéger à la Cour d'assises pour les magistrats qui avaient antérieurement exercé des fonctions d'instruction. Considérant que les incompatibilités devaient être interprétées restrictivement, la Cour de cassation a limité l'application de ce texte aux hypothèses où réellement le magistrat avait pu se forger une opinion sur l'affaire qu'il avait instruite. Chaque fois que le juge avait seulement servi d'intermédiaire, pour l'exécution d'une commission rogatoire notamment, l'incompatibilité ne pouvait empêcher le magistrat de siéger à la juridiction de jugement. La Cour de Cassation considère, alors, que le juge a « rempli

(14) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1536.

(15) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1538.

(16) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1562 ; voir aussi les critiques formulées par M. CARBONNIER *in* « Instruction criminelle et Liberté individuelle », Paris, 1937.

une mission passive qui l'a laissé en dehors des données de l'information » ; « de tels actes isolés ne sont pas de nature à initier ce magistrat à la connaissance des faits incriminés et à influencer son appréciation » (17).

Ainsi, la notion d'acte d'instruction qui, normalement, aurait dû conduire à déterminer le champ d'application de l'article 257 C.I.C., se trouvait-elle interprétée restrictivement.

13. — En revanche, relativement à l'interruption de la prescription (art. 637 et ss. C.I.C.), la Cour de cassation devait adopter une conception laxiste de l'acte d'instruction. Les textes du Code édictent, en effet, que la prescription est interrompue par toute acte d'instruction et de poursuite. Dans le dessein de faire échec le plus souvent possible aux règles relatives à l'extinction de l'action publique, la jurisprudence a déclaré qu'étaient interruptifs les actes accomplis par la police judiciaire, qui sont, alors, qualifiés d'acte d'instruction. Certes, ces actes sont utiles au procès de répression puisqu'ils servent souvent de fondement aux premiers éléments de la poursuite.

Déjà, la Cour de cassation reconnaissait, le 29 mars 1856 (18), qu'un procès-verbal de constatation d'un délit rural est un acte d'instruction interruptif de la prescription. Mais ce sont surtout les arrêts rendus par la Chambre criminelle le 15 avril 1937 et le 11 février 1938 (19) qui ont attiré, le plus, l'attention des criminalistes. Dans ces conditions, l'acte d'instruction ne peut plus se définir par son auteur, puisque la police judiciaire, à l'instar du juge d'instruction, effectue des actes qui tendent au même résultat et possèdent des effets analogues. L'acte d'instruction n'est donc plus le domaine exclusif d'un juge puisque tout acte ayant pour objet la manifestation de la vérité revêt ce caractère, au regard de la jurisprudence.

14. — Il faut reconnaître, toutefois, que l'assimilation de la police judiciaire à l'instruction préparatoire pouvait être justifiée sous l'empire du Code d'instruction criminelle qui ne séparait pas nettement la police et l'instruction. Le juge d'instruction était officier supérieur de police judiciaire (art. 9 C.I.C.) et son activité était décrite au Livre I^{er} intitulé « De la Police ».

En outre, les méthodes de la police judiciaire n'étaient pas définies. Or, le juge d'instruction ne pouvait suffire pour mener à lui seul toutes les informations relatives aux différentes infractions qui se produisent même à l'intérieur d'un ressort judiciaire de petite étendue. Il ne peut à la fois interroger et constater les infractions. Enfin, le magistrat-instructeur se saisit rarement lui-même, il attend qu'on le saisisse. Le principe inquisitoire suppose et sous-entend que des recher-

(17) Voir *Crim.*, 3-2-1865, B. 24, D.P. 1866.I.410 ; *Crim.* 6-11-1897, B. 376 ; *Crim.* 21-3-1935, B. 35, G.P. 1935.I.842.

(18) *Crim.*, 29-3-1856, S. 1856.I.753 ; de même *Crim.*, 25-7-1890, S. 1890.I.149 ; *Crim.* 30-3-1911, B. 177.

(19) *Crim.*, 15-4-1937 et 11-2-1938, S. 1938.I.233, note Hugueney.

ches préliminaires aient déjà été effectuées. La présence d'un organe spécialement chargé de déclencher les poursuites, la présence d'un accusateur public, devait amener l'existence d'un personnel chargé de procéder aux premières constatations. C'est ainsi qu'avant les premiers actes de l'instruction, se trouve la phase de la police judiciaire.

La police judiciaire recherche les premiers éléments de l'instruction car il convient que le juge ne mène d'information que sur un minimum de preuves permettant d'affirmer l'existence d'une infraction.

15. — Longtemps, d'ailleurs, police et justice ont été confondues. L'édit de mars 1667 portant création d'un lieutenant de police à Paris, a entendu séparer pour la première fois les deux fonctions de police et de justice.

« Comme les fonctions de la justice et de la police sont souvent incompatibles, nous aurions résolu de les partager, estimant que l'administration de la justice contentieuse et distributive demandait un magistrat tout entier et que la police qui consiste à assurer le repos du public et des particuliers..., à purger la ville de ce qui peut causer des désordres..., demandait aussi un magistrat particulier qui peut être présent à tout » (20).

La loi du 29 septembre-21 octobre 1791 reprit cette distinction : « L'Assemblée nationale, en s'occupant de pourvoir à la sûreté publique par la répression des délits qui troublent la Société, a senti que l'accomplissement de ce but exige le concours de deux pouvoirs, celui de la police et celui de la justice. La police, considérée dans ses rapports avec la sûreté publique, doit précéder l'action de la justice. »

16. — En fait, le Code d'instruction criminelle ne définissait pas, de manière précise, le rôle de la police judiciaire ; et il faudra attendre le Code de procédure pénale pour que la mission de la police judiciaire se trouve précisée (art. 14 C.P.P.).

Garraud pouvait alors affirmer « en réalité, le Code d'instruction criminelle manque de préface ; la phase policière du procès pénal se passe en dehors de lui. Il n'a pas réglementé les actes de l'enquête officieuse » (21). C'est qu'en effet la police judiciaire constitue d'une certaine manière une instruction préparatoire qui précède l'instruction menée par le juge. Elle commence au moment où le délit se manifeste et finit quand le juge est saisi. Son activité doit servir à préparer l'action du juge ; elle aide la justice, mais, si elle n'en accomplit aucun acte, elle agit en son nom et dans son intérêt.

17. — Mais pour qu'elle puisse exercer son rôle dans les meilleures conditions possibles, ne conviendrait-il pas d'entourer son action de certaines formes ? Le Code d'instruction criminelle avait tout ignoré de sa mission normale, ne réglementant que la procédure

(20) « Edit de mars 1667 », ISAMBERT, Tome 18, p. 100.

(21) GARRAUD, *op. cit.*, Tome I, n° 59.

du flagrant délit. Il importait que des garanties judiciaires soient au moins sommairement organisées et c'est ce qu'a tenté de réaliser le Code de procédure pénale.

En fait, tout au long du XIX^e siècle, la police judiciaire exerça une certaine activité révélant ainsi son utilité. Dans un souci d'économies, divers ministres de la Justice ont incité les Parquets à utiliser les services de police pour réunir des éléments de preuve et éviter la mise en œuvre d'une enquête judiciaire.

Dans ces conditions, la jurisprudence a pu estimer que les renseignements réunis par la police judiciaire pouvaient être des actes interruptifs de la prescription parce qu'ils répondaient au même but que les actes d'instruction. Ce faisant, elle étendait de manière abusive, la notion d'acte d'instruction, lequel était défini uniquement par son objet, sans tenir compte de son auteur.

18. — L'intervention du législateur devait, également, accroître l'incertitude relative à l'acte d'instruction. Si, dans la conception du Code d'instruction criminelle, seul le juge accomplissait des actes d'instruction, ce qui constituait sa seule activité, le soin de décider la solution qu'il fallait adopter au vu des actes effectués ne lui était pas confié. La Chambre du Conseil du tribunal devait apprécier la suite qu'il convenait d'accorder aux poursuites. D'une manière plus générale, les pouvoirs de juridiction n'appartenaient pas au juge d'instruction. Mais le rôle prépondérant exercé par ce dernier au sein de la Chambre du conseil devait déterminer l'intervention législative du 17 juillet 1856, qui transféra au juge d'instruction les pouvoirs détenus par cette juridiction.

Dès lors, tout acte effectué par un juge d'instruction ne pouvait plus être considéré comme acte d'instruction, puisque le juge avait la possibilité d'effectuer des actes de juridiction. Il était d'ailleurs très difficile d'opérer le départ entre les actes menés en l'une ou l'autre de ses qualités (22).

L'acte d'instruction ne pouvait plus, alors, être déterminé aisément, et la loi du 8 décembre 1897 devait encore aggraver la difficulté.

19. — Telle que la réglémentait le Code d'instruction criminelle, l'instruction préparatoire encourait de graves reproches. Loin d'apporter une conciliation entre les deux types de procédure, le C.I.C. les avait superposés dans le temps. Si la procédure de jugement était de type accusatoire, la phase préparatoire demeurait soumise au principe inquisitoire, en sorte que tous les griefs formulés à son encontre sous l'ancien droit demeuraient fondés. Certes, les abus les plus graves, comme la torture, avaient disparu, mais le secret était trop absolu. Il convenait d'introduire certaines garanties tirées de la procédure accusatoire au sein de l'instruction. Tel fut l'objet d'un

(22) Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour de Paris du 13-3-1953 rapporté au D. 1954.345. En outre Besson, rapport, n° 20.

projet préparé sur l'initiative du garde des Sceaux Dufaure en mars 1878, par une commission extra-parlementaire dont la présidence avait été confiée à Faustin Hélie (23).

Ce projet devait connaître de nombreuses vicissitudes. Par trois fois voté par l'une des Chambres, il devait être frappé de caducité, la législature ayant pris fin avant son adoption définitive. Une quatrième fois, le projet fut repris mais avant le dépôt du rapport à la Chambre des députés, un sénateur, M. Constans, déposa un projet de loi en six articles. Un élargissement de ce projet fut proposé par M. Thézard, en organisant la communication de la procédure au cours de l'instruction. Après une nouvelle initiative gouvernementale, un rapport concluait à l'adoption d'un projet en dix articles, qui devait devenir la loi du 8 décembre 1897 (24).

Au cours des travaux préparatoires domine l'idée d'entourer l'inculpé de plus de garanties. L'acte d'instruction apparaît désormais comme un acte assorti de formalités destinées à garantir la liberté de l'individu soupçonné.

20. — Néanmoins, le vote de la loi du 8 décembre 1897 entraîna des conséquences étonnantes. D'une part, le formalisme accru de l'instruction judiciaire conduisit à un accroissement du nombre des enquêtes menées sans aucune forme par la police judiciaire. D'autre part, cette loi allait connaître la défaveur du monde judiciaire.

Antérieurement à sa promulgation, la Cour de cassation, consultée par le garde des Sceaux sur l'utilité des innovations proposées, avait formulé un avis défavorable. Le Conseiller Falcimaigne ne manquait pas de relever, dans son rapport, que : « Le problème pénal n'a jamais cessé de comporter et comportera éternellement deux termes irréductibles : l'intérêt général de la société qui se défend et l'intérêt personnel de l'homme qu'elle accuse. Si l'on a trop longtemps, sous l'ancien régime, sacrifié le second au premier, on ne pourrait sans péril sacrifier maintenant le premier au second. Le législateur doit avoir le souci constant d'assurer à l'un et à l'autre une part équitable de protection. »

Prévue pour l'instruction préparatoire, cette loi ne fut jamais déclarée applicable à tous les actes d'instruction diligentés par la Justice. Notamment, la Cour de cassation estima que les suppléments d'information ordonnés par la Chambre d'accusation, le Président de la Cour d'assises, ou par une juridiction de jugement, n'étaient pas soumis à l'observation de la loi de 1897.

(23) Cette commission adopta, notamment, le principe de la défense de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire et la présence du défenseur non seulement pour aider et conseiller l'inculpé dans la prison, mais aussi pour l'assister dans le cabinet du juge d'instruction. Cette présence était jugée nécessaire, car, dès le stade de l'instruction, s'instaurait un débat contradictoire. Dès qu'une charge était établie, un débat aurait eu lieu entre le ministère public, l'inculpé et la partie civile, débat qui aurait nécessité la communication du dossier.

(24) STÉFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 77 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 953.

21. — La notion d'acte d'instruction se présenta alors de manière confuse, puisque le même vocable servait à désigner des actes aux formes différentes. Il y avait l'acte d'instruction mené par le juge d'instruction et celui accompli par toute autre personne, juge ou policier.

Le premier était entouré de nombreuses garanties, tandis que le second demeurait semblable à ce qu'il était sous l'ancien régime. En réalité, la Cour de cassation déclarait les formalités de la loi de 1897 applicables uniquement à l'information préparatoire, en sorte qu'un juge d'instruction n'était pas tenu de les observer s'il agissait en vertu d'une délégation de la Chambre d'accusation ou du Président de la Cour d'assises. Au surplus, la police judiciaire était obligée de respecter ces formalités pour l'exécution des commissions rogatoires du juge d'instruction, alors que son action propre n'était soumise à aucune règle.

Une telle situation ne manquait pas d'être choquante, car tous ces actes avaient pour but de parvenir à la manifestation de la vérité et, cependant, ils dépendaient de régimes juridiques différents. En outre, tous possédaient les mêmes effets de servir de preuve au procès et d'interrompre le cours de la prescription, et le Droit ne permettait plus d'assurer à tous les justiciables les mêmes garanties en vue de les protéger contre d'éventuelles atteintes à leur liberté.

Il fallut recourir à l'intervention législative pour mettre un terme à cette incohérence qui dura près de soixante ans. La loi du 28 octobre 1955, puis le Code de procédure pénale assurèrent l'unité de régime des actes d'instruction accomplis par un organe de justice.

22. — Parallèlement à cette évolution législative, la jurisprudence ne devait pas se révéler totalement hostile à une certaine intrusion du principe accusatoire au sein de l'instruction. Le Code d'instruction criminelle avait, en principe, réservé l'exercice de l'action publique au Ministère public.

Si la partie civile possédait le droit de porter son action civile devant les tribunaux répressifs, c'était uniquement en qualité de partie jointe. Dans l'hypothèse de l'inaction du Procureur de la République, la partie lésée devait agir devant les tribunaux civils.

En réalité, cela pouvait aboutir à un déni de justice, car la victime d'une infraction est certaine du préjudice qu'elle a subi, mais elle ne possède pas toujours les éléments nécessaires à la preuve, et l'instruction menée par le juge pourrait lui servir.

La jurisprudence s'est montrée conciliante en admettant que la constitution de partie civile émanée de la victime d'une infraction était un acte de poursuite susceptible de déclencher l'action des organes de justice (25). Ainsi, la procédure n'était plus totalement

(25) Crim. 8-12-1906, B. 443, D.P. 1907.I.207 et le rapport du conseiller LAURENT-ATTHALIN, S. 1907.I.377, note Demogue.

inquisitoire. Le législateur devait renforcer les droits de la partie civile en lui permettant, par la loi du 22 mars 1921, de participer à l'instruction selon les mêmes modalités que l'inculpé.

23. — Une même inspiration libérale est à l'origine de nombreux projets de loi. Après la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, de nombreux commentaires eurent lieu au sein de sociétés savantes, comme la Société générale des prisons. Il était, notamment, question d'étendre les dispositions libérales à l'ensemble de la procédure préparatoire. De nombreux projets furent déposés à la Chambre des députés et au Sénat. Le Gouvernement présenta même un projet sur les garanties individuelles, supprimant les pouvoirs du Préfet et modifiant le régime de la détention préventive (26).

Ce projet devait finalement devenir la loi du 7 février 1933. Les attributions de nature inquisitoriale se trouvent tempérées. Les pouvoirs de police judiciaire attribués aux préfets par l'article 10 C.I.C. furent supprimés. En outre, le régime de la détention préventive était organisé de manière à accélérer le cours des informations judiciaires; désormais, la liberté provisoire constituait le principe, tandis que la détention était l'exception.

24. — Cette loi modifiait également les textes relatifs aux perquisitions et visites domiciliaires (art. 37 à 39 et 87 à 89 C.I.C.). Dans sa nouvelle rédaction, l'article 87 disposait « La visite domiciliaire et la perquisition sont des actes d'instruction », et aussitôt il était précisé qu'on ne pouvait y recourir qu'une fois l'instruction ouverte. En revanche, les articles 37 à 39 concernant les perquisitions et les saisies accomplies en cas de flagrant délit par le Procureur de la République et ses auxiliaires ne donnaient pas la même précision : effectués en dehors de toute saisine du juge d'instruction, ces actes ne peuvent être qualifiés d'« actes d'instruction », du moins s'ils ne sont pas exécutés par le juge lui-même (27).

Cette réforme — pratiquement passée inaperçue — est à l'origine directe du texte consacré par le Code de procédure pénale au rôle de la police judiciaire. L'article 14 C.P.P., en effet, fait une distinction selon qu'une information est ouverte ou non. Par là même, apparaît le souci du législateur de tenir compte de la personne qui ordonne les mesures d'instruction. L'acte d'instruction se présente, désormais, comme le résultat de l'activité d'un organe judiciaire régulièrement mis en œuvre. Comme tel, il possède des garanties qui n'existent pas à d'autres moments. Il semblerait, alors, que le moment constitue le critère déterminant de l'acte d'instruction, celui-ci étant exécuté

(26) Paul CUCHE, « Le projet de loi ministériel sur les garanties de la liberté individuelle », *Revue pénitentiaire*, 1907, p. 764.

(27) En ce cas, la doctrine considère que le juge est saisi par l'état de flagrance et les actes régulièrement accomplis par le juge sont des actes d'instruction (cf. art. 59 du projet de C.I.C. de 1938).

en vertu d'un titre démontrant la saisine des autorités judiciaires (28). En réalité, la jurisprudence n'a pas cru devoir tenir compte de ce caractère puisque, à la même époque, elle déclarait « actes d'instruction » des procès-verbaux de la police judiciaire, dressés en dehors de toute procédure régulière d'information.

25. — Les articles relatifs aux perquisitions et saisies ne devaient pas être profondément modifiés, malgré le retour opéré par la loi du 25 mars 1935 sur les réformes admises en 1933. Furent seulement aménagés les mécanismes de la mise en liberté provisoire qui entraient dans la marche normale des instructions. Par ailleurs, certaines attributions de police judiciaire étaient à nouveau confiées aux Préfets. A cette époque, la réforme d'ensemble du Code d'instruction criminelle fut confiée à une Commission d'études présidée par le Procureur général Paul Matter. Le projet, déposé sur le bureau des Assemblées parlementaires, ne put être voté en raison de la guerre. Les nécessités imposèrent une accentuation du pouvoir inquisiteur ; les préfets furent autorisés à agir dans tous les cas, car l'article 10 C.I.C. recevait le même contenu qu'en 1808. L'intérêt de la répression l'emportait sur l'intérêt de l'individu. Les règles légales furent, en fait, peu observées durant cette période trouble où l'illégalité semblait triompher.

26. — Dès la fin des hostilités, le Gouvernement, animé du souci de remise en ordre des institutions, chargea une commission de l'examen d'un projet de Code d'instruction criminelle. Cette commission, dont la présidence avait été confiée au professeur Donnedieu de Vabres, conçut un nouveau texte qui fut publié en 1949 (29).

L'instruction préparatoire est la partie la plus modifiée. Le savant criminaliste expliqua que la commission avait eu le souci de mettre en harmonie le droit et la pratique. Le juge d'instruction se trouvait supprimé : ses fonctions d'instruction étaient confiées au Procureur de la République, chef hiérarchique de la police judiciaire. Un juge de l'instruction devait décider sur les preuves réunies par le Ministère public s'il y avait lieu à renvoi devant la juridiction de jugement. Ce même personnage statuait sur la mise en liberté provisoire.

Les dangers que pouvait présenter un tel système sont apparus très graves à la plupart des auteurs, des Facultés de droit et des Cours ; aussi ce projet fut-il écarté.

(28) Voir ainsi G. STEFANI, « L'acte d'instruction » in *Mélanges Hugueney*, p. 135.

(29) Cf. *Revue de Science criminelle*, 1949, pp. 433, 617 et 796 ; et l'article de M. DONNEDIEU de VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire », *eod. loc. p.* 499 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 82 ; BOUZAT et PINATEL, II, 956. Voir aussi ARNAL - DONNEDIEU de VABRES, Thèse, Paris, 1952 ; VITU, *op. cit.*, p. 21.

Il faut reconnaître, en effet, que la séparation de la police judiciaire et de la juridiction aurait amené beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages. Le Procureur de la République avait à sa disposition deux moyens de procéder : l'enquête sans formalité, héritière de l'enquête officieuse, et l'information judiciaire, dont le déroulement devant le Procureur reprenait les formalités instituées par la loi du 8 décembre 1897. Comme le soulignait M. Vouin (30), cette dualité de procédés aurait abouti à l'absorption par l'enquête préliminaire de la quasi-totalité des affaires. En d'autres termes, l'acte d'instruction aurait été mené sans aucune des garanties accordées successivement par le législateur, et la procédure aurait été totalement inquisitoriale. Il aurait été nécessaire, alors, d'instituer un contrepoids en permettant à toute personne soupçonnée de contraindre le Procureur de la République à déclencher une information judiciaire. Mais l'action des services de répression se serait trouvée entravée de manière considérable si tout suspect avait pu obliger à mettre en œuvre une information judiciaire.

Si ce projet de Code avait le mérite de rattacher police judiciaire et instruction, comme cela se passait dans notre ancien droit, il laissait subsister une dualité de régime de l'acte d'instruction, puisque les mêmes garanties n'entouraient pas toutes les activités de la Justice.

27. — La trop grande prépondérance donnée à la réaction sociale incita à de nouvelles études en vue de la recherche d'un équilibre. Une nouvelle commission fut instituée à cette fin. Présidée par le Procureur général Besson, elle comportait de nombreux magistrats, tandis que l'élément doctrinal était assez peu représenté. Le Code est donc orienté vers des solutions pratiques et dégagé de toute spéculation théorique (31).

La première partie de ce Code, consacrée à l'instruction préparatoire, reprend et aménage les dispositions de l'ancien C.I.C. Soumis, sur l'initiative du Gouvernement, aux Assemblées parlementaires, ce texte devait être voté deux ans et demi plus tard et devenait la loi du 31 décembre 1957. A ce moment, les deux codes se complétaient ; le nouveau venu, dénommé « Code de procédure pénale » (32), régissait l'instruction préparatoire, le Code d'instruction criminelle demeurant en vigueur pour la procédure de jugement.

A la suite des bouleversements qui marquèrent la vie politique de l'année 1958, une nouvelle constitution fut adoptée par le peuple français le 4 octobre 1958. Pour faciliter la mise en place des organismes nouveaux, le Gouvernement disposa, pendant un délai de quatre mois, du pouvoir législatif. Le Code d'instruction criminelle,

(30) « Le projet de réforme du C.I.C. », D. 1950, chronique p. 37.

(31) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, 83 ; BOUZAT et PINATEL, II, 957 ; VITU, *op. cit.*, p. 22.

(32) Cette dénomination est plus précise que l'ancienne. Le Code concerne, en effet, toutes les règles relatives au procès de répression, quelle que soit la nature de l'infraction.

mort en sursis, dut sa mort définitive à l'utilisation de ces attributions. Une ordonnance 58-1296 du 23 décembre 1958 apportait quelques retouches de détail à la première partie déjà promulguée et complétait le Code de procédure pénale par l'apport de 580 articles.

28. — D'une manière générale, les auteurs de ce Code ont rejeté toute discussion théorique, en voulant faire une œuvre pratique ; aussi, aucune définition de l'acte d'instruction n'est fournie par le C.P.P., qui suit en cela son aîné. Cependant, il importe de déterminer ce que recouvre ce vocable puisque l'interruption de la prescription résultera de l'accomplissement de tels actes (les articles 7 à 9 C.P.P. reprennent les dispositions des articles 637, 638 et 640 C.I.C.). Il pourrait sembler que les solutions dégagées à propos de l'application du C.I.C. puissent suffire à déterminer l'acte d'instruction.

En réalité, il n'en est rien, car le Code de procédure pénale, à la différence du C.I.C., n'a pas ignoré le rôle de la police judiciaire. Les actes qu'elle effectue *proprio motu* sont dénommés « actes de police judiciaire ». L'utilisation de ce terme conduit à penser qu'il ne s'agit pas d'actes d'instruction. En d'autres termes, au lieu de se définir par le but proposé, l'acte d'instruction semble être celui qui apporte certaines garanties à l'inculpé.

Cette remarque est fondée sur le texte même des articles 68, al. 2 et 72, al. 2, C.P.P. Lorsque le juge d'instruction se transporte sur les lieux d'une infraction flagrante, il accomplit des « actes de police judiciaire », parce que, précisément, il ne dispose pas de la plénitude de ses attributions. Autrefois, il était admis que le juge d'instruction se saisissait dans cette hypothèse, et accomplissait de véritables actes d'instruction. Ce caractère était également reconnu aux recherches faites par le Procureur de la République (33). Désormais, il n'en est plus ainsi puisque le juge n'est pas saisi *ipso facto* par la flagrance et les actes figurent dans la catégorie des « actes de police ».

29. — Le Code de procédure pénale réserve le vocable « acte d'information » aux seuls actes accomplis par un magistrat régulièrement saisi : en toute autre hypothèse les constatations effectuées sont considérées comme des renseignements destinés à conserver des indices. Ces éléments serviront éventuellement à la mise en marche de la justice par l'une ou l'autre des parties au procès de répression, ministère public ou victime. La justice doit être déclenchée à bon escient et son action doit être éclairée par la police, quelles que soient les circonstances dans lesquelles l'infraction a eu lieu. C'est pourquoi le Code de procédure pénale a écarté, à juste titre, l'action d'office du juge. Ce faisant, il éliminait un élément du caractère inquisitoire de la procédure préparatoire.

(33) C'était d'ailleurs du fait que le juge d'instruction accomplissait des actes d'instruction en cas de flagrant délit qu'on déduisait que le procureur de la République en faisait également. Cf. thèse CATHERINE, Paris, 1956, « Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République ».

Mais par la constitution d'une nouvelle catégorie juridique d'« actes de police judiciaire », la détermination de l'acte d'instruction est rendue plus délicate. La recherche de la manifestation de la vérité comporte, alors, plusieurs gradations. L'acte d'instruction tend à se distinguer en fonction de son régime, c'est-à-dire des garanties qui sont accordées. Celles-ci sont réservées aux actes effectués par des organes de justice.

30. — En définitive, une étude de l'acte d'instruction doit, tout d'abord, avoir pour objet de cerner la notion. Il importe, en effet, de préciser la place de l'acte d'instruction parmi les différents actes préparatoires du procès pénal. Les diverses oppositions et les relations entre cet acte et d'autres très voisins par la forme ou par l'objet doivent être marquées. Une première partie sera consacrée à la *détermination de l'acte d'instruction*. Tour à tour, il sera recherché la place de l'acte d'instruction parmi les actes du juge d'instruction, ce qui amènera à le distinguer, notamment, de l'acte juridictionnel accompli par ce magistrat. Ainsi défini par son objet, l'acte d'instruction paraît ne pas devoir tenir compte de la qualité de son auteur. Il faudra, alors examiner si tout acte ayant un but identique doit recevoir une telle qualification. En d'autres termes, sera abordé le problème des actes de la police judiciaire. La relation de ces actes avec les actes d'instruction permettra de mieux cerner le particularisme de ces derniers.

Précisément, les actes d'instruction se distinguent des actes de police par les garanties qu'ils présentent. L'acte d'instruction est essentiellement un acte de justice qui possède des caractères spécifiques. Une deuxième partie envisagera les *garanties de l'acte d'instruction*. La première de celles-ci réside dans le choix de son auteur. La loi n'a pas confié à quiconque le soin de dresser de tels actes. C'est un magistrat indépendant qui est investi du pouvoir d'informer. En outre, des garanties objectives sont destinées à assurer la régularité des opérations menées au nom de la justice par le magistrat. L'acte d'instruction est, en effet, un acte formaliste accompli par certaines personnes désignées par la loi. De cette manière, peuvent aisément se comprendre la force et les effets aussi grands attachés à cet acte.

PREMIÈRE PARTIE : *La détermination de l'Acte d'instruction.*

DEUXIÈME PARTIE : *Les garanties de l'Acte d'instruction.*

PREMIERE PARTIE

LA DÉTERMINATION DE L'ACTE D'INSTRUCTION

31. — Le juge d'instruction procède à l'enquête judiciaire du premier degré, obligatoirement en matière de crimes, facultativement pour un délit ou une contravention (art. 79 C.P.P.) (1). En ce dernier domaine, le Code de procédure pénale a introduit une innovation puisqu'il autorise l'ouverture d'une instruction même pour une contravention (art. 44 et 79 C.P.P.). Mais afin d'éviter un trop grand encombrement des cabinets d'instruction, cette voie n'est offerte qu'au Ministère public, la partie civile étant exclue.

Cette innovation se trouve particulièrement utile depuis que le domaine des contraventions a été assez amplement accru. Une ordonnance du 23 décembre 1958 (2) modifiant le Code pénal a étendu cette catégorie d'infractions aux hypothèses où une peine de deux mois d'emprisonnement et une amende de 2.000 F peuvent être prononcées.

Lorsque le Code pénal de 1810 prévoyait les contraventions et les soumettait au jugement d'un juge unique, c'était en raison du peu d'importance des affaires proposées. Désormais, la complexité de l'affaire, ainsi que la connaissance de la personnalité du délinquant,

(1) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, 431 et 432 ; VITU, *op. cit.*, p. 269.

(2) Ordonnance n° 58-1297 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police : *J.O.* du 24-12-1958 p. 11758. Voir également l'ordonnance n° 58-1298 du 23-12-1958 : *J.O.* du 24-12-1958, p. 11761.

peuvent exiger une préparation préalable à la saisine de la juridiction de jugement.

32. — Le juge d'instruction effectue les enquêtes. L'article 81 du Code de procédure pénale indique quels sont ses pouvoirs. L'alinéa 1 de cet article dispose que « le juge d'instruction procède à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Son champ d'action n'est pas limité : il lui est loisible d'effectuer tout acte, pourvu qu'il se conforme à la loi.

Dans ces conditions, il apparaît que tout acte effectué par le juge d'instruction doit être qualifié d'acte d'instruction (3). En réalité, cette opinion pouvait être exacte en 1808. Le juge d'instruction, officier de police judiciaire, avait pour tâche principale de procéder au rassemblement des divers éléments de preuve. Ce travail terminé, une juridiction composée de trois membres du tribunal décidait de la suite à accorder à l'affaire. La suppression de cette juridiction devait accroître les pouvoirs du juge d'instruction. D'organe chargé de la réunion des indices et preuves, il est devenu une véritable juridiction. S'il est vrai d'affirmer que le juge d'instruction effectue des actes d'instruction, il convient d'ajouter qu'il n'accomplit pas seulement des actes d'instruction.

33. — Cet aspect juridictionnel plus accentué incita à ne mettre en marche l'action judiciaire qu'à bon escient. Il importe que des recherches préliminaires aient déjà été menées permettant d'affirmer la réalité de la commission de telle infraction précise. Cette fonction est dévolue à la police judiciaire. Les actes effectués en vue de procéder aux premières constatations ne devront-ils pas également être qualifiés d'actes d'instruction ?

Cela amène à rechercher si d'autres personnes que le juge d'instruction peuvent accomplir des actes d'instruction. Notamment, le Préfet dispose de certains pouvoirs de police judiciaire et le Code de procédure pénale — comme le Code d'instruction criminelle — ne définit pas la nature des actes exécutés. Il peut arriver, aussi, au cours d'une procédure de jugement, que de nouveaux éléments apparaissent, qui n'auront pas été présentés au cours de l'instruction préparatoire. Parfois, cela se produit quand la procédure a été déclenchée par la voie de la citation directe. Le tribunal n'a pas les moyens de vérifier directement les prétentions des parties : il désignera pour ce faire un de ses membres qu'il chargera du supplément d'information. Quelle nature revêtent les actes ainsi exécutés ? Il semble bien que l'on puisse affirmer qu'il s'agit d'actes d'instruction.

34. — Ainsi, deux séries de problèmes se dégagent. Certains actes s'apparentent, formellement, à des actes d'instruction parce qu'ils

(3) En ce sens, MARQUISET, « L'acte d'instruction », *Recueil de droit pénal*, 1957, p. 41.

sont accomplis par un juge d'instruction ; d'autres, en revanche, évoquent des actes d'instruction par leur objet même.

Il nous faut, dès lors, déterminer si tous les actes du juge d'instruction peuvent être qualifiés d'actes d'instruction et si tout acte tendant à la manifestation de la vérité présente un tel caractère. C'est pourquoi nous rechercherons si tous les actes du juge d'instruction constituent des actes d'instruction puis si ceux-ci doivent nécessairement avoir pour auteur un juge d'instruction.

Cette première partie comprendra donc deux titres :

TITRE I^{er} : *L'acte d'instruction et les actes du juge d'instruction.*

TITRE II : *L'acte d'instruction est-il toujours un acte du juge d'instruction ?*

TITRE PREMIER

L'ACTE D'INSTRUCTION ET LES ACTES DU JUGE D'INSTRUCTION

35. — En 1808, le juge d'instruction n'effectuait que des actes d'instruction. Magistrat délégué aux recherches judiciaires, il ne lui appartenait pas de statuer sur l'avenir des procédures qui lui étaient soumises. L'article 127 C.I.C. prescrivait, à ce moment, la communication du dossier à la Chambre du conseil du tribunal. Même en cours d'instruction, cette formation juridictionnelle pouvait être appelée à prendre certaines décisions ; notamment elle statuait sur la demande de mise en liberté provisoire présentée par un inculpé encourant une peine correctionnelle (art. 114 C.I.C., texte de 1808) (1).

Le juge d'instruction, certes, faisait partie de la Chambre du conseil et, théoriquement, son rôle n'était pas prépondérant. En réalité, il apparut que le juge d'instruction agissait seul sous le couvert de l'anonymat par l'intermédiaire de la Chambre du conseil. Les autres magistrats se bornaient, le plus souvent, à entériner les décisions préparées ou suggérées par le juge d'instruction. Ce mécanisme, de surcroît, pouvait entraver la bonne marche de la justice en prolongeant inutilement la procédure.

La Chambre du conseil se révéla vite une institution désuète, dont l'utilité ne se justifiait plus. La loi du 17 juillet 1856 opéra une réforme radicale en conférant les attributions de la Chambre du conseil au juge d'instruction lui-même (2).

(1) Si la peine était criminelle, aucune liberté provisoire ne pouvait être accordée (art. 113 C.I.C., rédaction de 1808).

(2) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 299 ; VITU, p. 57 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1254.

36. — C'est ainsi que le juge d'instruction, outre son rôle d'agent d'information, détint des pouvoirs de juridiction. En cours d'instruction, il peut trancher certains litiges, notamment ceux relatifs à la liberté provisoire. Principalement, c'est lui qui décide de la clôture des affaires.

On a souvent critiqué cette manière de faire qui laissait l'honneur des citoyens entre les mains d'un juge parfois inexpérimenté car il est arrivé que ce poste soit confié à de jeunes magistrats nouvellement nommés. Des réformes ont été parfois préconisées, en vue du rétablissement de cette juridiction. Elles ne furent jamais réalisées car l'on craignait que ce mécanisme lourd ne puisse se concilier avec le souci d'une bonne administration de la justice (3).

37. — Bien que le juge soit doté de pouvoirs juridictionnels depuis 1856, on ne distingua pas précisément les actes juridictionnels des actes d'instruction. La loi du 8 décembre 1897 allait favoriser la distinction. L'article 10 de cette loi prescrivait la mise à la disposition du conseil de l'inculpé du dossier de la procédure la veille de chaque interrogatoire, puis la communication immédiate à ce même conseil de toute ordonnance rendue par le juge. Ce texte général n'établissait aucune autre distinction. Or, dans la circulaire adressée par le garde des Sceaux aux Procureurs généraux des différents ressorts judiciaires, il apparaît que le mot « ordonnance » ne peut s'appliquer indistinctement à toute mesure d'information. « Il n'est pas admissible, par exemple, que le législateur ait entendu imposer l'obligation d'avertir le conseil qu'une perquisition ou un constat d'adultère vont être opérés. De même, il convient d'écarter les actes par lesquels le juge délègue ses pouvoirs propres à un officier de police judiciaire. » Interprétée ainsi, la loi stipule l'établissement d'une ligne de partage : certains actes seulement devront être communiqués. La même circulaire indique : « les ordonnances prévues par l'article 10, alinéa 2, sont, dans mon opinion, uniquement celles qui ont un caractère juridictionnel, telles que les ordonnances de compétence de mise en liberté ou de refus de mise en liberté, d'interdiction de communiquer, de soit-communicé et de clôture. L'ordonnance par laquelle le juge désigne un ou plusieurs experts ne paraît pas, à vrai dire, pouvoir être rangée dans cette catégorie, mais je crois entrer dans les vues libérales du législateur en décidant qu'elle devra toujours être immédiatement portée à la connaissance du conseil ».

La Cour de cassation eut à débattre du délicat problème de délimitation des ordonnances qui devaient être portées à la connaissance du conseil de l'inculpé. Dans un arrêt du 8 décembre 1899 (4) elle affirme que « dans cette expression : ordonnance du juge, le

(3) Entre le 7 février 1933 et le 25 mars 1935, la chambre du conseil décidait les prolongations des détentions préventives au-delà de quinze jours (art. 113 C.I.C.). Mais cette juridiction était composée d'un seul juge.

(4) Crim., 8-12-1899, B. 356, S. 1901.I.153, note Roux.

législateur n'a point entendu comprendre toutes mesures prises par le juge, tous ordres par lui donnés qui ne constituent à proprement parler que des formalités ou des actes d'instruction, que l'obligation de la communication exigée par l'article 10, ne s'applique qu'aux seules décisions du juge qui constituent des actes de juridiction ».

Cette solution de principe adoptée par la Cour de cassation, inspirée probablement par l'interprétation officielle, révèle l'hostilité de cette juridiction pour l'application de la loi de 1897. Tandis que dans d'autres matières, elle admettait une interprétation laxiste du mot ordonnance (5), pour l'application de l'article 10 de la loi de 1897, elle a restreint le domaine aux seuls actes juridictionnels.

38. — Ainsi, outre les actes d'instruction, le juge accomplit des actes juridictionnels. La recherche de cette catégorie d'actes va se révéler particulièrement utile, car le Code de procédure pénale la consacre expressément à l'article 183. L'acte juridictionnel se distingue, en effet, d'un acte d'instruction, précisément en ce qu'il est l'aboutissement des renseignements recueillis. Il est véritablement l'acte par lequel le juge tranche un litige existant. Il apparaît ainsi que cet acte ne puisse réellement constituer un acte d'instruction au sens strict, car il ne se réfère pas au but de la manifestation de la vérité.

Et même, parmi les actes que l'on a coutume de classer dans la catégorie des actes d'instruction, il en est un qui soulève des difficultés particulières.

Un interrogatoire ou une perquisition présentent incontestablement le caractère d'un acte d'instruction. L'interrogatoire, notamment, qu'il concerne l'inculpé, la partie civile ou même les témoins, constitue véritablement un acte d'instruction par nature. Il en est de même pour une saisie. Mais cet aspect est beaucoup moins net relativement aux actes autorisant la mise en détention de l'inculpé, en matière de mandats du juge. Si la détention préventive peut être utile à la manifestation de la vérité, l'acte qui la permet constitue-t-il véritablement un acte d'instruction ? Ce problème retiendra particulièrement notre attention.

39. — Tandis que la Cour de cassation essayait de dégager les traits caractéristiques de l'ordonnance juridictionnelle, était en train de se forger une autre notion spécifique, celle d'acte d'administration.

Cette catégorie d'actes est née à partir de la pratique judiciaire du règlement amiable de juges. Le Code d'instruction criminelle n'avait pas voulu lier la compétence de manière trop stricte. Pour permettre, de la meilleure façon possible, l'exercice de l'action répressive, trois chefs de compétence étaient édictés : le lieu du crime ou du délit, le lieu de la résidence du prévenu et le lieu où le prévenu pourra être trouvé (article 23 C.I.C. pour la compétence

(5) Ainsi pour le droit d'appel du procureur de la République (art. 135 C.I.C.). Voir Crim., 16-1-1862, B. 18 et 8-7-1958, B. 526.

du Procureur de la République et article 63 C.I.C. pour la saisine du juge d'instruction par la victime de l'infraction). Une loi du 2 août 1954 avait établi un quatrième chef de compétence pour éviter le transfert des condamnés : le lieu de la détention (art. 552 *bis* C.I.C.). Le Code de procédure pénale reprend les trois chefs de compétence du C.I.C., sans reproduire directement le quatrième cas. L'article 43 C.P.P. pour le Procureur de la République et l'article 52 pour le juge d'instruction mentionnent « le lieu de l'infraction, la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, le lieu d'arrestation d'une de ces personnes, même lorsque cette arrestation a été opérée pour une autre cause » (6).

Mais le Code de procédure pénale — pas plus que le Code d'instruction criminelle — n'a établi de hiérarchie entre les différentes hypothèses. Aussi, il peut arriver que plusieurs magistrats soient saisis de la même infraction. L'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'un seul procède aux investigations judiciaires. Or, si le Code envisage le cas d'incompétence du magistrat (article 69 C.I.C. reproduit à l'article 90 C.P.P.), aucune disposition ne règle le conflit positif de compétence. Dans le silence de la loi, la pratique a créé une ordonnance de dessaisissement, aux termes de laquelle le juge d'instruction déclare ne pas poursuivre l'instruction de l'affaire. Certaines parties civiles estimant cet acte défavorable à leurs intérêts exercèrent des voies de recours. Ainsi la Cour de cassation fut amenée à se prononcer sur le caractère de cet acte, qu'elle déclara « acte d'administration ». Il est cependant possible de se demander si d'autres actes de même nature ne sont pas accomplis par le juge d'instruction.

40. — Au sens courant, l'acte d'administration est apprécié par opposition à l'acte de juridiction. En d'autres termes, l'acte d'administration recouvre en partie les actes d'instruction. Il nous faudra donc effectuer le départ entre ces deux catégories d'actes. Tel sera l'objet du premier chapitre. Mais, pour mener son information, le juge est souvent amené à prendre une grave décision relativement à la suppression de la liberté d'une personne. Les mandats du juge d'instruction formeront l'objet du deuxième chapitre. Enfin, il conviendra d'étudier les actes juridictionnels du juge d'instruction en présentant leur but, différent de celui de la manifestation de la vérité, dans un troisième chapitre.

(6) Voir pour l'application de ces articles : Dijon, 6 février 1964, G.P. 5-8 septembre 1964.

CHAPITRE PREMIER

Les actes d'administration du juge d'instruction.

41. — Dans la conception du Code de 1808, acte d'instruction et acte d'administration étaient confondus. Le juge d'instruction était institué en vue d'une bonne administration de la justice et tous les actes qui émanaient de son office de juge étaient indifféremment des actes d'instruction ou des actes d'administration. Cette confusion demeura en vigueur malgré l'introduction de différentes réformes au sein de l'instruction préparatoire. Avec la loi du 8 décembre 1897, cette catégorie d'actes fut opposée aux actes juridictionnels du magistrat. Garraud distingue à cet égard parmi les ordonnances du juge celles qui constituent des actes de recherche ou de constatation et celles qui sont des actes de juridiction (1).

42. — Ainsi, la première catégorie renferme des actes d'instruction au sens strict. Mais qu'ils soient d'instruction ou de juridiction, ces différents actes possèdent une caractéristique commune d'être utiles à l'avancement de la procédure. Ils permettent à l'action publique de cheminer et d'aboutir à une décision. En d'autres termes, ce sont toujours des actes susceptibles de faire grief à l'inculpé. Mais, la jurisprudence a dégagé une notion intermédiaire d'actes de procédure qui ne peuvent en aucune façon intéresser le délinquant parce qu'il s'agit d'actes d'ordre intérieur destinés à justifier le juge de ses diligences. Ces actes ne peuvent absolument pas être considérés comme utiles au procès. Accomplis à son propos, ils n'ont pas pour but de tendre à la manifestation de la vérité. Ce sont des mesures de pure administration de la justice, visant à en faciliter un bon fonc-

(1) GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 795.

tionnement. Il ne peut être question, dans ces conditions, de les assimiler à des actes d'instruction.

Il importe alors de faire le départ entre les deux catégories d'actes, car il existe incontestablement des actes ayant pour but exclusif la manifestation de la vérité, qui peuvent être analysés comme des actes d'instruction par nature.

SECTION PRÉLIMINAIRE

LA DETERMINATION DES ACTES D'INSTRUCTION PAR NATURE

43. — Saisi d'un fait délictueux, le juge d'instruction a pour mission de s'assurer qu'il s'agit bien d'un acte punissable, et de déterminer quels en sont les auteurs (2). Il doit rechercher tous les éléments relatifs aux circonstances dans lesquelles les faits ont eu lieu ainsi que tout ce qui a trait à la personnalité des auteurs. En d'autres termes, l'instruction préparatoire a pour rôle de préparer le dossier de l'affaire pénale afin de permettre à une juridiction de jugement de posséder tous les éléments nécessaires au prononcé de sa décision. Dans l'hypothèse où le juge ne pourrait parvenir à réunir les éléments indispensables, soit que les faits ne supportent aucune qualification pénale, soit que l'auteur en demeure inconnu, la juridiction de jugement ne peut être saisie. Il en est de même lorsque les présomptions sont insuffisantes pour établir l'imputabilité des faits à un individu déterminé. En pareil cas, un non-lieu à suivre intervient parce que la juridiction de jugement ne pourrait utilement connaître d'une telle affaire. L'ordonnance ou l'arrêt de non-lieu constate l'impossibilité pour le magistrat de parvenir à la manifestation de la vérité. C'est précisément ce en quoi l'ordonnance de non-lieu se différencie d'une ordonnance de refus d'informer. Dans ce cas, en effet, le juge n'a encore mené aucune information. Simplement au vu de la plainte ou même du réquisitoire, il constate que l'action de la Société n'aurait aucun objet et c'est la raison pour laquelle il n'accepte pas de procéder aux actes de son office. Une telle manière d'agir peut laisser place au caprice, voire à l'arbitraire. La jurisprudence (3) a été amenée à condamner une telle attitude des juges d'instruction lorsqu'en dehors des hypothèses légales, ils ne menaient pas leurs investigations.

(2) GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 890.

(3) Le 8 décembre 1906 (B. 443, D.P. 1907.I.207, S. 1907.I.377) la chambre criminelle a dégagé le devoir d'informer du juge saisi par la plainte de la victime. Voir aussi Crim., 17-1-1919, B. 15 ; Crim., 5-11-1920 ; S., 1923.I.387 ; Crim., 28 juin 1924, B. 267 ; Crim., 23-12-1955, B. 605. Voir infra n° 178 et ss.

44. — Le juge d'instruction a, en effet, pour mission de rechercher la manifestation de la vérité et c'est au vu des renseignements recueillis qu'il doit prendre sa décision.

Pour remplir son office, la loi a prévu quels actes pouvaient être utiles, mais elle s'est fiée à la sagesse du magistrat pour les ordonner à bon escient. Aucune règle n'est relative aux conditions de son action. Se rendant compte que la manifestation de la vérité n'est pas une matière susceptible d'être définie par des textes, puisqu'il s'agit d'un élément psychologique de même essence que l'intime conviction, le Code de procédure pénale, tout comme le Code d'instruction criminelle, a abandonné au juge d'instruction l'appréciation de l'opportunité d'accomplir tel ou tel acte précis, ainsi que l'ordre dans lequel ils doivent être menés (4). Le magistrat apparaît pleinement indépendant dans la conduite de l'information (5). Celle-ci sera constituée de deux manières : tantôt le magistrat cherchera à prendre connaissance directement des faits, tantôt il essaiera de parvenir à cette connaissance par l'intermédiaire d'autrui. Tels seront les deux moyens qui permettront de parvenir à la manifestation de la vérité.

1. — LES CONSTATATIONS DIRECTES DU JUGE.

45. — Une infraction se manifeste toujours par une exécution matérielle. Même la tentative d'une infraction se révèle ainsi : en droit positif français, une intention criminelle ne suffit pas pour mettre en marche l'appareil judiciaire repressif ; un commencement d'exécution, c'est-à-dire un acte préparatoire non équivoque, est nécessaire. Le juge aura donc la possibilité de prendre directement connaissance du corps du délit. A cette fin, il utilisera principalement le transport sur les lieux (art. 92 C.P.P., art. 62 C.I.C.) (6).

Le transport sur les lieux lui permet de constater comment l'infraction a pu se réaliser. A cette occasion, il peut ordonner une reconstitution du crime ou des circonstances de l'infraction. Si l'infraction a porté atteinte à une personne, il lui est loisible, de la même manière, d'examiner le corps de la victime. Mais, le plus souvent, en raison des déductions possibles d'un tel examen, il se décharge sur un tiers de ces constatations au moyen du procédé technique de l'expertise (art. 156 et ss. C.P.P., art. 44 C.I.C.).

Parfois l'infraction porte sur des objets. En pareil cas, il dispose du pouvoir de mettre sous main de justice tous éléments, qu'ils constituent le corps du délit, qu'ils en aient été les moyens ou seulement qu'ils servent à la révélation de l'infraction. Mais pour que ces saisies soient utilement menées, le juge d'instruction a la possibilité d'effectuer des recherches sur tous les points du territoire. Le domi-

(4) GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 892.

(5) Voir ainsi Chambon, note au J.C.P. 1962.II.12592 *bis*.

(6) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 465.

cile de tout individu peut être soumis aux investigations méthodiques de ce magistrat qui a la faculté de perquisitionner en tous lieux (art. 94 C.P.P., art. 87 C.I.C.).

De cette manière, le juge prendra une connaissance personnelle de l'infraction dans sa matérialité. Lui-même se forgera une opinion. Mais ces constatations directes ne peuvent suffire à éclairer totalement une affaire. Il est nécessaire de recourir aux révélations que sont susceptibles de fournir toutes personnes. Le juge, en ce cas, recueille les constatations opérées par d'autres que lui-même.

2. — LES RÉVÉLATIONS D'AUTRUI.

46. — Le juge ne peut, en effet, prétendre saisir toute la réalité du fait criminel sans l'obtention de renseignements. Ceux-ci lui seront fournis par ceux qui ont assisté à la perpétration de l'infraction, soit individuellement, soit collectivement.

Parmi les individus qui pourront le mieux renseigner le magistrat, figure l'inculpé, c'est-à-dire celui qui a été désigné comme le coupable par la partie civile ou le Ministère public. Mais il importe aussi d'obtenir l'opinion de la victime ainsi que celle de tous autres témoins de l'infraction.

L'inculpé se présente comme le principal témoin de l'affaire puisqu'il en est l'auteur. Il pourra fournir notamment tous les détails utiles sur les procédés employés pour parvenir au résultat qui fait l'objet de l'information en cours. De cette manière, le juge sera mieux à même d'apprécier si un comportement moralement répréhensible tombe effectivement sous le coup de l'application d'une loi pénale. Outre ce caractère de vérification des éléments de l'accusation, l'interrogatoire est utile en ce qu'il permet à l'inculpé de présenter tous arguments utiles à sa défense. L'on a coutume, en effet, d'affirmer que l'interrogatoire est un acte qui doit être mené tant à charge qu'à décharge (7).

Le même objet d'obtenir des précisions sur la réalisation des agissements criminels entraîne le magistrat à procéder à l'audition de la partie civile. Très souvent, en effet, la victime de l'infraction s'associe aux poursuites menées par le juge d'instruction, quand ce n'est pas elle qui les a déclenchées. En tant que victime de l'acte, elle peut apporter certaines révélations utiles à la manifestation de la vérité et c'est la raison pour laquelle le juge d'instruction peut la convoquer pour obtenir des précisions (art. 114 C.P.P. et ss.).

D'ailleurs, les révélations fournies par l'inculpé et la partie civile constituent tellement des actes d'instruction par nature que la loi a prohibé la délégation de ces actes à des officiers de police judiciaire.

(7) Roux, « Procédure pénale », p. 336. *Adde*, notes Roux S. 1915.I.31 et S. 1922.I.96. Voir aussi la discussion à la Société générale des prisons le 6 juillet 1928 ; Rev. Pén. 1928, p. 156 ; Rouen, 5-1-1955 ; D. 1956, som. 50 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 462 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1255 C.

L'article 152 al. 2 du C.P.P. dispose, en effet, que les officiers de police judiciaire ne peuvent procéder aux interrogatoires de l'inculpé. Quant à la partie civile, il dépend d'elle seule de décider de l'opportunité de fournir des déclarations à un officier de police judiciaire.

Les témoins, en revanche, peuvent être entendus sans aucune restriction sur délégation judiciaire. Pour eux, aucune conséquence ne peut, en principe, résulter des renseignements qu'ils fournissent, relativement à l'imputation des faits. Ils se présentent de manière objective et permettent une meilleure connaissance de l'infraction dénoncée. A cet égard, il importe de remarquer que, historiquement, la procédure pénale connaissait uniquement des témoins, l'inculpé étant tenu de prêter le serment requis. L'action de la société était peut-être mieux assurée mais les droits de l'individu n'étaient pas assez garantis. Il était, alors, nécessaire de dégager le caractère judiciaire des actes d'instruction et d'instituer un statut particulier pour les protagonistes de l'affaire.

47. — Pour ne pas être gêné dans sa mission de recherche de la vérité, la loi a donné au magistrat des moyens pour parvenir à ce résultat en le dotant d'un pouvoir de contrainte sur les personnes.

L'article 109 al. 2 C.P.P. (ancien art. 80 C.I.C.) permet au juge d'instruction de faire comparaître le témoin qui n'avait pas cru devoir déférer à la première convocation, adressée soit par ministère d'huissier, soit par simple lettre. Il en est de même à l'égard de l'inculpé qui ne défère pas à un mandat de comparution. L'article 122 C.P.P. al. 3 (ancien art. 91 C.I.C.) autorise le magistrat à décerner un mandat d'amener quand le mandat de comparution est demeuré sans effet. Et même, pour faciliter le déroulement de ses opérations de recherche et pour permettre au juge d'interroger à tout moment un inculpé, la loi autorise la privation provisoire de liberté, par une mise en détention préventive (art. 137 à 150 C.P.P., anciens art. 113 et ss. C.I.C.).

Mais, pour obtenir la manifestation de la vérité, le juge aura aussi besoin de mettre en opposition les différentes versions des faits présentées séparément par ces personnes. Les confrontations n'étaient pas réglementées au Code d'instruction criminelle. La loi du 8 décembre 1897 a reconnu leur existence légale en organisant un formalisme très voisin de celui prescrit pour les interrogatoires, lorsque l'une des personnes confrontées est un inculpé ou une partie civile. Le Code de procédure pénale n'a rien modifié à cet égard. Les confrontations entre témoins demeurent ignorées, mais il en est fait usage fréquemment sans aucune irrégularité du moment que les témoins ont été préalablement entendus séparément comme le veut l'article 102 C.P.P. (ancien art. 73 C.I.C.).

De cette manière, le juge d'instruction pourra parvenir à la manifestation d'une vérité assez proche de sa configuration réelle. Mais si ces actes peuvent être considérés comme des actes d'administration de la justice, ils ont néanmoins une incidence sur le cours de la

procédure et éventuellement peuvent faire grief à un inculpé déterminé puisqu'ils révéleront de quelle manière exacte se sont déroulés les faits.

48. — Or, précisément, il est des actes que la jurisprudence a considéré comme ne pouvant avoir aucun effet sur le déroulement du procès pénal. Poussant plus loin l'analyse, elle devait dégager de purs actes d'administration de la justice, intervenant, certes, à propos d'une procédure menée par un juge d'instruction mais dont le but n'était pas de parvenir à la connaissance de la vérité. C'est à l'étude de ces actes que sera consacré ce chapitre, pour bien dégager l'idée que tous les actes non juridictionnels du juge d'instruction ne sont pas des actes d'instruction.

Nous envisagerons dans une première section les différents cas révélés par la jurisprudence, avant de tenter dans une deuxième section de définir l'acte d'administration.

SECTION I

LES ACTES D'ADMINISTRATION DEGAGES PAR LA JURISPRUDENCE

49. — Avant de reconnaître des actes de pure administration judiciaire en matière d'instruction préparatoire, la Cour de cassation avait, à plusieurs reprises, reconnu à des actes de la procédure de jugement, le caractère d'actes d'administration. L'examen de ces décisions nous sera fort utile pour dégager une première idée de la notion de ces actes et pour envisager la conséquence d'une telle qualification.

Par un arrêt du 2 février 1865 (8), la chambre criminelle de la Cour de cassation a été, ainsi, amenée à juger qu'une enquête effectuée par le procureur général en vue d'obtenir du premier président d'une cour d'appel la fixation d'un jour où il pourra citer un prévenu n'est qu'une mesure préparatoire et d'ordre intérieur. Cette requête ne peut être considérée comme acte interruptif de la prescription au sens des articles 637 et 638 C.I.C., car elle ne constitue pas un acte d'instruction ou de poursuite.

C'est aussi le caractère non juridictionnel de l'acte qui est pris en considération pour qualifier un acte, d'acte d'administration. Telle était l'hypothèse dans l'affaire soumise à la haute juridiction le 24 août 1876 (9). Appelée à se prononcer sur la nature de la délégation effectuée par le premier président d'une Cour, dans une pour-

(8) Crim., 2-2-1865, B. 23.

(9) Crim., 24-8-1876, B. 192.

suite dirigée contre un magistrat (art. 480 C.I.C. qui prévoyait une procédure particulière en cas de commission d'un crime ou d'un délit en dehors des fonctions), la Cour de cassation estima que la délégation, faite dans ces conditions à un conseiller, constituait un acte d'administration qui ne pouvait être attaqué par la voie du recours en cassation. Cette question présente un intérêt particulier qui nous permettra, dans la suite de nos développements, d'envisager la nature d'une commission rogatoire, acte complexe.

Cette même année 1876 (10), la Cour de cassation reconnut à d'autres actes, le caractère d'actes d'administration.

En cas de remplacement d'un assesseur d'une cour d'assises, la chambre criminelle refusa d'admettre un droit de contrôle de la part des parties, car il ne s'agissait que d'une mesure d'ordre intérieur. Mais c'est surtout à propos du tirage au sort du jury de session qu'une longue jurisprudence a été dégagée. Bien avant l'intervention de la loi de 1897, la Cour de cassation a admis que cette procédure du tirage au sort est un acte d'administration contre lequel les accusés ne peuvent se pourvoir. N'intéressant pas les droits de la défense aucun contrôle n'est permis à l'accusé. (11).

S'agissant d'un acte de pure administration, le juge d'instruction pourrait faire partie de la juridiction chargée de procéder à cette opération. L'interdiction faite au magistrat instructeur d'instruire et de juger la même affaire ne pourrait trouver application (art. 1^{er} de la loi du 8-12-1897, devenu art. 49 al. 2 C.P.P.).

En ces diverses matières, l'accusé est privé de toute voie de recours, car ces différentes procédures ne peuvent d'aucune façon lui porter préjudice. Telle serait encore la situation dans l'hypothèse d'une jonction de procédures (12).

Nous ne pousserons pas au-delà nos investigations sur les actes d'administration reconnus au cours de la procédure de jugement. Nous avons cependant pu apercevoir quelques-uns des intérêts en jeu, notamment à propos de l'interruption de la prescription et des voies de recours offertes à l'accusé.

50. — En matière d'instruction préparatoire, cette distinction a pénétré avec la loi du 8 décembre 1897. La loi mentionnait à l'article 10 les ordonnances, mais la détermination de ces actes n'était pas connue de manière précise.

(10) Crim., 25-4-1876, B. 99 et 27-4-1876, B. 109.

(11) Voir notamment : Crim., 11-5-1877, B. 119 ; 28-12-1877, B. 278 ; Crim., 10-1-1878, B. 9 ; 18-2-1882, B. 48 ; Crim., 13-11-1963, B. 318 ; Crim., 5-2-1964, J.C.P., 1964.IV.41.

(12) Crim., 2-1-1874, B. 1. Voir encore Crim., 23-1-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 41, p. 76 et les références citées. Voir pour l'hypothèse inverse d'une disjonction de procédures : Crim., 27-5-1964, Bull. Crim., 1964, n° 181, p. 389 et l'arrêt du 28 avril 1948, Bull. Crim., 1948, n° 118, p. 172.

On pouvait inclure sous ce vocable tout acte du juge, si l'on admettait la conception de la Cour de cassation en matière d'exercice de l'appel par le procureur de la République (art. 135 al. 1 C.I.C.). Cette interprétation pouvait être fondée car le projet rédigé par la commission Dufaure reflétait la procédure anglo-saxonne, contradictoire et publique. Ainsi, les deux adversaires, inculpé et ministère public, auraient été placés sur le même pied d'égalité.

Mais la circulaire ministérielle du 10 décembre 1897 (13) apportait une conception restrictive : seules devaient faire l'objet de l'application de l'article 10, les ordonnances juridictionnelles ; les actes d'instruction, même pris en forme d'ordonnances étaient exclus dans cette conception.

51. — Les premières décisions des cours d'appel manifestent les deux tendances possibles.

Un arrêt de la cour d'appel de Caen rendu le 28 décembre 1897 (14) opte pour la conception extensive, en décidant l'annulation d'une ordonnance de soit-communiqué et d'une ordonnance de renvoi rendues après la promulgation de la loi de 1897, qui n'avaient pas fait l'objet d'une communication aux conseils. Dans une note sous l'arrêt, M. Appleton approuve cette décision de la Cour de Caen : la loi en parlant d'ordonnance, n'a effectué aucune distinction selon les actes juridictionnels et les autres. Ainsi M. Appleton critique-t-il la circulaire du garde des Sceaux, qui interprète en ajoutant une distinction à la loi.

Le tribunal de la Seine et la cour d'appel de Paris estiment à leur tour qu'une ordonnance de soit-communiqué doit être portée à la connaissance du conseil, car c'est sûrement l'acte de la procédure préparatoire dont la communication est très utile pour assurer les droits de la défense (15).

De nombreuses autres décisions ont adopté la conception extensive ; c'est le cas de la Cour de Rennes (16) qui va même jusqu'à étendre l'obligation de notification à l'inculpé lui-même, en l'absence de conseil, et de la Cour de Lyon (17) qui admet la notification d'une ordonnance commettant un expert, en se fondant sur la circulaire ministérielle. Sous ce dernier arrêt, M. Lanzac de Laborie donnait une interprétation de la loi de 1897 identique à celle de M. Appleton. La loi est générale et il n'est pas nécessaire d'en restreindre l'application aux seules ordonnances juridictionnelles. Tout acte contenant un ordre du juge doit être porté à la connaissance

(13) Circulaire rapportée au D.P. 1897.4.113.

(14) Caen, 28-12-1897 ; D.P. 1898.2.33 (deux arrêts), note Appleton.

(15) Seine, 18-2-1898 et cour d'appel de Paris, 7-4-1898 ; D.P. 1898.2.210 ; note S.L.L.

(16) Rennes, 19-1-1898 ; D.P. 1898.2.250.

(17) Lyon, 8-6-1898 ; D.P. 1898.2.489.

de l'inculpé : il n'est pas nécessaire que l'acte soit en forme de décision de justice, ni que les parties aient un intérêt à le connaître.

52. — La Cour de cassation devait, cependant, adopter la conception restrictive (18). Parallèlement, des actes d'administration allaient être reconnus. Trois actes principalement ont été dégagés : l'ordonnance de dessaisissement, l'ordonnance de jonction de procédures et l'ordonnance de soit-communiqué. Une analyse du mécanisme des délégations judiciaires fera aussi apparaître un aspect administratif de la commission rogatoire.

Nous examinerons dans un premier paragraphe les actes qui, par certains côtés, possèdent une nature administrative, puis dans un second nous montrerons les autres applications de la jurisprudence.

§ 1. — Les actes d'administration complexes.

53. — Le juge d'instruction ne peut toujours accomplir lui-même les différents actes relatifs aux procédures qui lui sont confiées. Cette impossibilité peut être matérielle en raison du nombre important de dossiers possédés par le juge. Elle peut aussi résulter des règles juridiques, l'acte devant être exécuté à l'extérieur du ressort territorial de la compétence du juge. Dans les deux cas, le juge déléguera ses pouvoirs par l'intermédiaire de la commission rogatoire (19). La délégation étant une mesure d'ordre administratif, nous examinerons la commission rogatoire dans un premier point.

Il est aussi un autre acte qui constitue une mesure d'ordre intérieur : l'ordonnance de soit-communiqué. En vertu de l'article 82 al. 2 du Code de procédure pénale (ancien art. 61 C.I.C.), le procureur de la République peut solliciter du juge d'instruction la communication de la procédure, à tout moment. Le magistrat, dans ce cas, rend une ordonnance de soit-communiqué. Parfois, c'est le juge qui, d'office, transmet la procédure au procureur de la République pour en obtenir les réquisitions. Une ordonnance de soit-communiqué intervient également. Destinée à assurer les relations entre le juge d'instruction et l'organe de la poursuite, l'ordonnance de soit-communiqué apparaît comme un acte d'administration. L'étude de cet acte fournira le second point de ce paragraphe.

(18) Crim. 24-6-1898, B. 230 ; S. 1901.I.153 ; note Roux ; Crim., 8-12-1899, B. 356 ; D.P. 1903.I.457 ; note Le Poitevin ; S. 1901.I.153 ; note Roux ; Crim., 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113.

(19) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 510 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1286. Il est à noter qu'en matière de sûreté de l'État, le motif juridique n'existe pas (cf. art. 19 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

A. — LA COMMISSION ROGATOIRE (20).

54. — La commission rogatoire est un acte par lequel un juge d'instruction délègue une partie de ses pouvoirs à d'autres magistrats ou à des membres de la police judiciaire, en leur enjoignant de procéder à tel ou tel acte.

Cette matière connut des fortunes diverses selon les époques. Nous nous efforcerons de retracer brièvement l'évolution des textes et de la pratique avant de déterminer la nature de la commission rogatoire.

1. — *Evolution de la législation et de la pratique.*

55. — Le Code d'instruction criminelle n'était pas très proluxe sur cette technique que la pratique développa et même déforma (21). A l'origine, deux hypothèses de délégation de pouvoirs sont prévues : celle où un témoin malade est domicilié dans un canton autre que celui de la résidence du juge d'instruction (art. 83 et ss. C.I.C.) et celle d'une perquisition à effectuer hors de l'arrondissement du juge d'instruction (art. 90 C.I.C., texte de 1808).

Les premiers théoriciens de la nouvelle procédure ne se trompèrent pas sur le caractère exceptionnel de ces délégations qui ne devaient pas être étendues à de nouvelles hypothèses (22). La Cour de cassation, en revanche, ne s'est pas montrée aussi stricte dans l'appréciation de ces dérogations.

Faustin Hélie présente la commission rogatoire comme une exception au principe de l'enquête menée directement par le juge. Loin d'être admise, la délégation est tolérée en raison de l'impossibilité juridique pour le juge d'accomplir certains actes : le juge d'instruction ne peut instrumenter en dehors du territoire pour lequel il est compétent. Le grand théoricien prenait exemple de tous les adages communément admis de l'instruction criminelle, qui refusaient la délégation en matière criminelle.

S'appuyant sur la législation royale qui prohibait le principe de la délégation, Faustin Hélie montrait qu'il était nécessaire de restreindre les délégations aux seuls cas prévus par les textes. L'examen des travaux préparatoires révèle d'ailleurs ce souci : l'on avait voulu éviter la démission du juge d'instruction. La délégation n'était admise qu'au profit du juge de paix, et encore ne l'avait-elle été

(20) Voir P. LEFEBVRE, « Les commissions rogatoires », Thèse, Paris, 1961. STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 511 et ss ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1286 ; VITU, p. 282.

(21) Des abus se sont introduits tant dans les hypothèses où une commission peut être délivrée que dans l'exécution même des délégations. Voir ainsi Crim., 22-1-1953, J.C.P. 1953.II.7456 ; note Brouhot ; A. Mellor, « Problèmes contemporains de l'instruction criminelle ».

(22) CARNOT, Commentaire de l'article 83 C.I.C. ; F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1906. Voir aussi les auteurs cités par LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 11.

qu'au prix d'une discussion au Corps législatif. La délégation est donc un procédé exceptionnel, motivé par des circonstances spéciales.

Mais nous devons constater que Faustin Hélie était pratiquement le seul partisan d'une interprétation restrictive. Les autres auteurs du XIX^e siècle prônaient, en revanche, l'extension des pouvoirs (23).

56. — En présence des argumentations présentées, la Cour de cassation se prononça tout d'abord pour l'interprétation restrictive par un arrêt du 27 août 1818 (24). Mais moins d'un quart de siècle après, la thèse extensive était consacrée par un arrêt du 6 mars 1841 : les différents articles du code relatifs aux délégations ont un caractère énonciatif et non pas limitatif (25). La motivation principale de cet arrêt vaut la peine d'être relevée : « on ne saurait comprendre que le juge d'instruction n'eût pas la faculté de déléguer ses pouvoirs pour effectuer une perquisition, quand l'article 52 du Code l'accorde au procureur du Roi dans l'hypothèse du flagrant délit » (26).

Faustin Hélie, finalement, devait accepter la solution jurisprudentielle en raison de l'ampleur de la tâche qui s'offrait au juge : la délégation permettra l'achèvement des opérations d'instruction. Si un acte doit être effectué en dehors du ressort territorial, l'article 90 C.I.C. sert de cadre juridique à cette opération. La délégation, toutefois, est adressée à un autre juge d'instruction et il n'est pas à craindre qu'elle aboutisse à une démission du juge d'instruction. Il n'y a qu'un changement de titulaire, puisque c'est toujours un juge qui mène l'enquête.

La situation est différente pour les actes accomplis dans le ressort territorial du juge d'instruction. De manière libérale, Faustin Hélie admettait le caractère énonciatif de l'article 83 C.I.C. : c'est un exemple de ce que la loi tolère, aussi tenta-t-il de dégager quels actes ressemblaient à ceux de l'article 83. Il admettait que seuls pouvaient être délégués les actes concernant les constatations matérielles. Dès qu'un acte suppose l'exercice d'une contrainte (27), seul le juge doit l'exécuter. Le magistrat n'a pas qu'un rôle passif, il mène l'enquête et apprécie quelles personnes doivent faire l'objet d'une mesure de contrainte.

57. — La pratique, cependant, multiplia les délégations judiciaires. Par un arrêt du 14 juin 1866 (28), la Cour de cassation étendait la solution donnée en 1841. Puisque les dispositions de l'arti-

(23) LEFEBVRE, Thèse précitée, p. 13.

(24) Crim., 27-8-1818, J.P., Tome XIV, p. 1013 ; cité par F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1902.

(25) Crim., 6-3-1841, B. 56.

(26) L'article 52 C.I.C. renvoie aux articles 32 et 46 relatifs à la constatation de l'état des lieux et aux auditions de témoins et non aux perquisitions.

(27) Ainsi une perquisition contient l'exercice d'une contrainte, l'individu étant tenu de laisser visiter son domicile.

(28) Crim., 14-6-1866, B. 153 ; D.P. 1866.5.251.

de 84 C.I.C. ne sont pas prescrites à peine de nullité, ni limitatives, on admit les dépositions de témoins recueillies au cours d'une instruction supplémentaire non par un juge de paix, mais par un commissaire de police. Cette solution est à nouveau admise dans un arrêt du 21 novembre 1879 (29) où un commissaire de police est délégué en raison de sa qualité d'officier de police judiciaire (30).

A l'aube du xx^e siècle, la pratique des commissions rogatoires est solidement établie : elles vont être attribuées à un nombre considérable de personnes, et tout acte du juge d'instruction pourra être délégué, même le plus important de tous : l'interrogatoire.

58. — En ce qui concerne les personnes auxquelles la commission rogatoire est confiée, nous avons déjà vu que tout officier de police judiciaire pouvait être délégué. Allant encore plus loin, un arrêt de la Cour de cassation a admis de simples agents de la police judiciaire à agir sur commission du juge. Dans un arrêt du 2 août 1913 (31), la chambre criminelle reconnaît qu'un juge d'instruction peut demander des renseignements à des gendarmes, car aucune disposition de loi ne le lui interdisait. L'annotateur de cette décision s'étonne de la solution en présence des textes restrictifs. Certes, les renseignements n'ont pas été qualifiés d'actes d'instruction par délégation, mais il n'empêche qu'ils peuvent influencer la conviction du juge d'instruction et même celle des juges de jugement. A ce stade, il est permis de signaler un rapprochement avec les actes de l'enquête préliminaire (autrefois « officieuse ») qui ont été admis par la jurisprudence au titre de « renseignements » (32).

Une commission rogatoire a même été adressée à un procureur de la République. On pourrait penser que ce procédé ait été censuré par la Cour de cassation, car dans cette hypothèse, le juge ne confie-t-il pas directement l'enquête à l'une des parties du procès ?

La chambre criminelle (33) n'a, cependant, pas cru opportun d'annuler l'acte : « Attendu que la commission rogatoire avait pour but de recueillir des renseignements sur les antécédents, la situation de famille et la moralité de l'inculpé, se disant né à Auxerre, et qu'en s'adressant ainsi au procureur de la République d'Auxerre, le juge d'instruction chargé de l'information n'a commis aucune violation de la loi. »

(29) Crim., 21-11-1879, B. 199.

(30) C'est aussi cette qualité d'officier de police judiciaire qui permet de valider les actes effectués par un sous-officier de gendarmerie en Nouvelle-Calédonie (arrêt du 12-11-1896, B. 235). Dans le Code d'instruction criminelle colonial, les sous-officiers, les chefs de brigade de gendarmerie possédaient déjà la qualité d'officier de police judiciaire. Cette qualité leur a été attribuée en métropole par des lois des 3-4-1942 et 3-6-1943, reprises par l'ordonnance du 11-9-1945.

(31) Crim., 2-8-1913 ; D.P. 1918.I.20.

(32) Voir *infra*, n° 286 et ss.

(33) Crim., 24-12-1904, B. 550.

Le choix de la personne déléguée importe peu ; dès lors sera validé tout changement du titulaire de la délégation. La subdélégation allait être admise largement. Dès un arrêt du 3 septembre 1874 (34), il est reconnu qu'un magistrat délégué pour l'exécution d'une commission rogatoire peut valablement subdéléguer un autre magistrat, car aucun texte ne s'oppose à cette délégation au deuxième degré.

Rappelée en 1910 (35), cette solution est consacrée à nouveau dans un arrêt du 24 février 1911 (36) : il suffit que la commission rogatoire soit exécutée par un officier de police judiciaire qui pouvait valablement l'accomplir, pour que l'inculpé ne puisse invoquer un droit acquis à ce que cet officier de police judiciaire soit nécessairement celui désigné par le juge.

Ces arrêts se situent dans la tradition jurisprudentielle validant les commissions rogatoires dont l'indication de la personne chargée de l'exécution ne se trouve pas expressément mentionnée. Le 25 janvier 1849 (37), la Cour de cassation estime que suffisait l'indication de la qualité judiciaire de la personne déléguée, peu importe qu'il s'agisse de tel ou tel magistrat. Le nom propre du juge n'a pas besoin d'être indiqué à peine de nullité (38).

Par ces traits, nous avons pu constater que ni la qualité judiciaire, ni la désignation exacte du délégué ne sont des éléments essentiels de la commission rogatoire. Cette solution admissible pour de simples constatations matérielles est beaucoup plus critiquable lorsque l'observateur dispose d'une initiative propre. Or, le champ d'application des commissions rogatoires a été étendu aux actes essentiels de la procédure d'instruction, y compris l'interrogatoire.

59. — Bien que l'interrogatoire ait perdu la place essentielle qu'il avait dans la procédure criminelle antérieure à 1808, il n'en demeure pas moins un acte capital, qui permet la manifestation de la vérité et la connaissance de l'inculpé. Aussi la loi le confie-t-elle normalement à un juge d'instruction.

Certains juges, cependant, ont délégué cet acte, et la Cour de cassation n'a pas cru devoir censurer une telle pratique. Ainsi, a-t-elle validé, dans un arrêt du 22 décembre 1910 (39), la subdélégation effectuée par un juge d'instruction à un officier de police judiciaire. En réalité, l'extension des commissions rogatoires aboutissait à la démission des juges au profit des officiers de police judiciaire mal préparés aux délicates opérations de l'instruction (40).

(34) Crim., 3- 9-1874, B. 253.

(35) Crim., 22-10-1910, B. 660 ; S. 1913.I.169 ; note Roux.

(36) Crim., 24- 2-1911, B. 111 ; de même Crim., 5-1-1962 ; J.C.P. 1962.IV.22.

(37) Crim., 25- 1-1849 ; D.P. 1849.I.31.

(38) En ce sens, Crim., 31-5-1924 ; S. 1924.I.190.

(39) Crim., 22-12-1910, B. 660 ; S. 1913.I.169 ; note Roux.

(40) BOUZAT et PINATEL, II, n° 1287.

60. — L'opinion publique s'émue de ces abus ; le Parlement lui-même se saisit de la question et une loi du 7 février 1933 établit des limites strictes aux commissions rogatoires.

Aux termes du nouvel article 90 C.I.C., les délégations aux officiers de police judiciaire étaient en principe prohibées, seuls des ordres de saisie pouvaient leur être adressés.

En matière de délégations données à des magistrats, tout acte est permis à l'exclusion de l'interrogatoire. Cette loi avait peut-être été trop loin sur le chemin du libéralisme. Les services de répression purent difficilement contenir la criminalité et les juridictions d'instruction ne purent exercer de manière satisfaisante leurs fonctions.

Ainsi se manifeste l'aspect d'acte d'administration que revêt la commission rogatoire. Des modifications devaient être apportées à cette législation trop protectrice de l'individu, législation qui entraînait l'action de la justice. Une loi du 9 juillet 1934 rétablit la possibilité de déléguer un interrogatoire, mais uniquement au profit d'un magistrat. Ce premier mouvement ne pouvait suffire, il convenait de rétablir les délégations aux officiers de police judiciaire, au moins pour certains actes.

La Cour de cassation avait déjà montré la voie à suivre, en interprétant de manière très restrictive les interdictions.

Par un arrêt du 15 mars 1934 (41), était condamné le refus par un juge de paix d'effectuer un constat d'adultère sur délégation du juge d'instruction. Le juge de paix, en effet, n'avait pas voulu y procéder car il craignait qu'une telle opération ne comportât obligatoirement un interrogatoire, qu'il ne pouvait accomplir. La Cour de cassation écarta cette objection au motif que la délégation avait pour seul objet une constatation. Mais surtout, le 12 juillet 1934 (42), la Cour de cassation adopte une position de principe manifestant un respect littéral de la loi.

En l'espèce, une commission rogatoire avait été confiée à un officier de police judiciaire non magistrat. La Cour constate tout d'abord que les dispositions de l'article 90 al. 2 C.I.C. relatives aux ordres de mission que le juge peut adresser ne sont pas prescrites à peine de nullité. De plus, en considérant les modifications législatives intervenues, les juges de la haute juridiction se sont aperçus que les articles 83 et 84 C.I.C., qui ont permis l'essor des commissions rogatoires, n'avaient pas été modifiés. Enfin, la Cour de cassation affirme que le droit de déléguer et de subdéléguer dérive des règles générales de l'information consacrées par l'article 8 du C.I.C.

Tous ces arguments paraissent difficilement convaincants, car il est un principe, en matière pénale, que les lois s'interprètent restrictivement, à moins qu'elles ne puissent bénéficier à l'inculpé. Or, il

(41) *Crim.*, 15-3-1934 ; *D.H.*, 1934, p. 207 ; *J.C.P.*, 1934, II.681.

(42) *Crim.*, 12-7-1934 ; *D.H.*, 1934, p. 511 ; *S.* 1935.I.233 ; note *J.A.R.*

est peu probable que l'exécution de commissions rogatoires manifeste une faveur pour l'inculpé.

Leloir (43), en commentant le texte de la loi de 1933, ne manquait pas de souligner déjà le domaine trop restreint des commissions rogatoires. Il notait aussi qu'à la Préfecture de police, les commissaires aux délégations judiciaires constituaient un corps très capable d'assurer la garantie des libertés individuelles.

61. — Une période troublée devait amener la chute de ces textes trop rigoureux, qui compromettaient les intérêts de la Société. La loi du 25 mars 1935 autorisa toutes les délégations effectuées aux magistrats. De même, les officiers de police judiciaire purent être délégués pour tout acte d'instruction, à l'exception de l'interrogatoire.

La situation se trouvait à peu près rétablie dans l'état où elle se trouvait antérieurement à la loi de 1933, l'interrogatoire ayant une réglementation nouvelle. L'intérêt, toutefois, de cette intervention législative a été d'indiquer de manière très nette que la personne déléguée disposait seulement des pouvoirs du juge d'instruction. En fait, la loi consacrait, ainsi, la règle coutumière élaborée par la jurisprudence.

La loi du 8 décembre 1897 avait permis à la Cour de cassation de tracer les limites de la délégation. L'interrogatoire, depuis cette loi, est assorti d'un formalisme minutieux. Comme il avait été précédemment admis que l'interrogatoire pouvait être délégué (44), la Cour de cassation décida que le même formalisme devait être observé devant la personne déléguée (45). Par un arrêt du 22 décembre 1910 (46), la Chambre criminelle admet qu'un officier de police judiciaire puisse exécuter un interrogatoire du moment que sont respectées les formalités de cet acte. Dans l'hypothèse inverse, la nullité de l'interrogatoire devrait être constatée (47).

Le dernier alinéa de l'article 90 C.I.C. n'a fait que généraliser la coutume dégagée à propos de l'interrogatoire.

62. — Deux arrêts importants de la Cour de cassation ont eu à rappeler ce principe.

Le 12 juin 1952 (48), la chambre criminelle annule une procédure au cours de laquelle un officier de police judiciaire commis rogatoi-

(43) LELOIR, Commentaire de la loi du 7 février 1933 ; D.P. 1933.4.75.

(44) Le principe de la délégation pour un interrogatoire avait été admis par un arrêt du 16 juillet 1868 (B. 168).

(45) Seule cette solution pouvait permettre le respect du formalisme pour l'interrogatoire. La position inverse aurait amené des délégations systématiques dans le dessein d'éviter le formalisme ou d'amoindrir les garanties de l'inculpé.

(46) Crim., 22-12-1910, B. 660 ; S. 1913.I.169. Voir aussi pour la délégation concernant uniquement certaines formalités de l'interrogatoire, Crim ; 21-8-1913, B. 424.

(47) C'est ce qu'a décidé la cour d'appel de Paris, le 23 février 1912 ; D.P. 1913.2.52.

(48) Crim., 12-6-1952, B. 153 ; J.C.P. 1952.II.7241 ; note Brouchet.

rement avait utilisé des procédés déloyaux (enregistrement d'une conversation téléphonique, préparée par l'officier de police judiciaire). La Cour de cassation rappelle que les magistrats ou les officiers de police judiciaire délégués doivent se conformer, pour l'instruction des affaires dans lesquelles ils sont commis, aux mêmes règles qui régissent l'action du juge d'instruction.

Il est possible d'analyser aussi sous cet angle les arrêts rendus par la Cour de cassation concernant l'interdiction des commissions rogatoires générales. Le plus célèbre de ceux-ci est celui du 22 janvier 1953 (49). Généralement cet arrêt présenté par rapport aux principes de l'instruction criminelle, en ce que la délégation permettrait de violer — légalement — le domicile de tout citoyen.

Il nous semble que c'est une hypothèse où la commission rogatoire n'est qu'apparente. En effet, pour déléguer des pouvoirs, encore faut-il les posséder. Dans le cas d'une commission rogatoire générale, le juge lui-même ne pourrait instrumenter, car il ne se trouve saisi d'aucun fait, d'aucune imputation précise. Lorsque l'enquête est ouverte contre inconnu, le fait matériel n'en est pas moins constant. Ici nous sommes dans l'incertitude et le magistrat n'est pas saisi valablement. Sa saisine étant nulle, il ne peut déléguer des pouvoirs qu'il ne possède pas.

Ainsi, en interdisant la commission rogatoire générale, la Cour de cassation rappelle que la personne déléguée doit observer toutes les règles auxquelles est tenu le juge d'instruction.

63. — Il est toutefois une règle pour laquelle la Cour de cassation admet une dérogation : celle de l'assistance du greffier. Le juge d'instruction est, en effet, assisté d'un greffier pour l'exécution des actes de sa fonction. L'officier de police judiciaire n'est pas tenu d'observer cette prescription. Un arrêt du 4 juin 1953 (50) décide qu'aucun texte de loi n'oblige les officiers de police judiciaire procédant sur commission rogatoire à un acte d'information, à recourir à l'assistance d'un greffier.

Bien que cette solution ait été approuvée, nous sommes beaucoup plus réservé pour en admettre le bien-fondé. Il nous semble plutôt que c'est ajouter à la loi en dispensant d'une formalité l'exécution d'un acte par une personne que le législateur suspecte, par ailleurs, en ne l'autorisant pas à interroger (51).

64. — Sur tous les principes dégagés, le Code de procédure pénale n'a pas apporté d'innovation. La position de la jurisprudence a été

(49) *Crim.*, 22-1-1953 ; *S.* 1954.I.89, note Brunet ; *D.* 1953.533, note Lapp ; *J.C.P.* 1953.II.7456, note Brouchet. (Voir aussi *Crim.*, 9-6-1943, *B.* 50 ; *Crim.*, 21-3-1957, *D.* 1957, 582.)

(50) *Crim.*, 4-6-1953 ; *D.* 1954, p. 147 ; voir aussi les arrêts de *Crim.*, 4-1-1940, *B.* 3 et 1-2-1953, *B.* 61.

(51) Nous verrons, en effet, dans la deuxième partie de cette thèse, que la présence du greffier constitue une des garanties de l'acte d'instruction.

incorporée au texte. D'un point de vue formel, il convient de noter l'importance accordée aux commissions rogatoires puisqu'une section entière y est consacrée (section 8 du chapitre relatif au juge d'instruction) (52).

L'article 151 C.P.P. pose le principe de la délégation. Le domaine d'application des commissions rogatoires est vaste tant pour les personnes bénéficiaires que pour les actes. Selon l'alinéa 1 de cet article, le juge d'instruction peut requérir tout juge de son tribunal, tout juge d'instance, tout officier de police judiciaire compétent dans ce ressort ou tout autre juge d'instruction.

Toutefois certaines limitations sont apportées.

Reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation, le Code de procédure pénale prohibe les commissions rogatoires générales qui soumettent à l'arbitraire le domicile de tous les citoyens. Dans ce dessein, la nature de l'infraction doit être mentionnée dans la commission rogatoire (art. 151 al. 2). De plus, ne peuvent être délégués que des actes se rattachant directement à la répression de l'infraction visée aux poursuites (art. 151 al. 3).

Dans l'exécution des actes, le délégué disposera des mêmes pouvoirs que le juge d'instruction (art. 152 al. 1 C.P.P.). Ce texte reprend la disposition finale de l'article 90 (loi de 1935), et il faut comprendre par cette disposition que les mêmes devoirs sont imposés aux personnes commises rogatoirement. L'article 153 fait d'ailleurs une application particulière de cette similitude des pouvoirs en ce qui concerne les témoins. « Tout témoin cité pour être entendu au cours d'une commission rogatoire est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer. » Tout se passe comme si le juge d'instruction procédait à l'enquête lui-même, et cet aspect révèle déjà la nature juridique de la commission rogatoire. Le deuxième alinéa de l'article 153 C.P.P. déduit la conséquence de cette assimilation : si le témoin ne comparaît pas, le juge d'instruction peut le contraindre à venir et même le condamner à une amende (art. 109 al. 2 et 3) (53).

La principale limitation provient, toutefois, de l'article 152 al. 2 qui prohibe la délégation de l'interrogatoire aux officiers de police judiciaire (54). Par rapport au texte de 1935, deux nouveaux cas sont assimilés à l'interrogatoire. La confrontation, d'une part, est assimilée à l'interrogatoire. Cette assimilation résulte de la position jurisprudentielle antérieure qui a considéré qu'une confrontation pouvait être un interrogatoire, toutes les fois que le juge intervenait de manière active. L'audition de la partie civile, d'autre part, ne peut être accom-

(52) BOUZAT et PINATEL, II, 1290 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 513 et ss.

(53) Notons cette particularité de procédure : le juge d'instruction — chargé de l'enquête judiciaire — possède ici une attribution répressive lui permettant d'attribuer une peine de contravention de 5^e classe.

(54) L'inculpé ne saurait y consentir. Ainsi Douai, 6-12-1960 ; J.C.P. 1961. II.12134.

plie par un officier de police judiciaire, à moins que la partie civile elle-même y consente. Ce faisant, le Code de procédure pénale réalise plus totalement l'assimilation des droits de la partie civile à ceux de l'inculpé, assimilation déjà instaurée par la loi de 1921.

65. — Bien que le texte de l'article 152 al. 1 accorde aux personnes déléguées les pouvoirs mêmes du juge d'instruction, il nous faut constater que, parfois, la personne déléguée possède plus de pouvoirs que le déléguant. L'officier de police judiciaire commis rogatoirement peut, d'une part, utiliser des mesures de garde à vue et, d'autre part, accomplir des actes pour lesquels le juge était incompétent.

L'article 154 C.P.P. autorise les officiers de police judiciaire à ordonner une mesure de garde à vue pour faciliter l'exécution de leur mission. Cette mesure sera la même que celle applicable dans le cadre de l'enquête préliminaire. Comme l'enquête judiciaire est ouverte, la décision de prolongation de la garde à vue appartiendra au juge d'instruction. Exceptionnellement, la personne gardée à vue pourra ne pas être conduite devant le magistrat. En tous autres points, la garde à vue obéit aux règles prescrites en matière d'enquête préliminaire (avec référence aux art. 64 et 65 C.P.P.).

Or, le juge d'instruction ne peut lui-même prescrire une telle mesure. Il ne dispose que de la détention préventive. Mais c'est un procédé lourd, et il peut être intéressant pour le magistrat d'avoir à sa disposition un procédé simple et rapide. En l'état actuel de la législation, le juge d'instruction, pas plus qu'un autre juge, ne pourrait prononcer une mesure de garde à vue à l'encontre d'un témoin. En pareille hypothèse, le juge recourra à une délégation au profit de la police judiciaire.

C'est également l'exécution de certains actes que le juge ne pouvait accomplir qui est accordée à la police judiciaire agissant sur commission rogatoire.

Le juge d'instruction, en effet, n'a compétence pour accomplir des actes qu'à l'intérieur du ressort d'un tribunal. Si un acte doit être effectué ailleurs, il doit déléguer ses pouvoirs. Ainsi l'officier de police judiciaire commis peut accomplir un acte que le juge ne pouvait effectuer. Dans la conception du Code d'instruction criminelle, la commission rogatoire était adressée directement à un autre juge qui pouvait subdéléguer. Il est arrivé parfois que des magistrats adressent directement leurs commissions rogatoires sans observer le principe de la subdélégation. Fallait-il annuler ces procédures ?

La Cour de cassation, à qui le problème a été soumis, reconnu tout d'abord, que le juge d'instruction devait déléguer un autre de ses collègues.

Telle est la solution adoptée le 9 mars 1951 (55) : le juge d'instruction ne peut désigner, hors de son arrondissement qu'un juge

d'instruction, lequel peut à son tour subdéléguer un officier de police judiciaire. Mais il est impossible à un juge de commettre directement un officier de police judiciaire compétent pour un autre ressort que le sien propre.

Des difficultés pouvaient se présenter lorsque le juge et l'officier de police judiciaire n'ont pas la même compétence territoriale, et principalement lorsque l'officier de police judiciaire a un ressort plus large que celui du juge. En pareille hypothèse, le juge doit-il déléguer un autre juge, ou bien commettre directement cet auxiliaire ?

Chaque fois que le juge délègue un autre magistrat, celui-ci peut déléguer à nouveau un officier de police judiciaire et aucun problème ne se pose (56).

La situation inverse est plus délicate. Cependant, dans le souci d'une bonne administration de la justice, la Cour de cassation a décidé, à plusieurs reprises, que le juge d'instruction tenait de l'article 90 al. 2 C.I.C. « le droit de confier des commissions rogatoires à des officiers de police auxiliaires du procureur de la République de son siège, lesquels peuvent alors exécuter ces commissions rogatoires dans toute l'étendue de la circonscription pour laquelle ils sont compétents, sans qu'ils aient besoin de recevoir aucune subdélégation » (57).

L'article 151 du Code de procédure pénale semble admettre cette interprétation.

Le juge peut commettre, en effet, tout officier de police judiciaire compétent dans son ressort, pour effectuer tout acte dans les lieux soumis à sa juridiction. Bien que la rédaction de la finale de l'alinéa 1^{er} ait surtout visé les magistrats, il n'est pas impossible de soutenir que cette solution doive s'appliquer également aux officiers de police judiciaire. Telle est l'opinion soutenue par certains commentateurs (58).

Exceptionnellement, le magistrat instructeur peut déléguer ses pouvoirs à des officiers de police judiciaire n'exerçant pas de fonctions à l'intérieur de son ressort territorial. De manière permanente, l'article 151 al. 4 dû à l'ordonnance du 13 février 1960, permet cette procédure en cas d'urgence et uniquement en matière de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat (59).

66. — Nous nous trouvons, ainsi, en présence d'une situation quelque peu paradoxale : le juge d'instruction peut déléguer quelqu'un pour accomplir un acte qu'il ne pouvait faire lui-même. La personne déléguée est donc investie de pouvoirs plus importants que le délég-

(56) *Crim.*, 17-2-1953, B. 57.

(57) *Crim.*, 31-1-1952, B. 35 ; D. 1952, p. 215 ; S. 1952.I.141 ; note M.R.M.P. ; *Crim.*, 13-3-1952, B. 77 ; *Crim.*, 27-3-1952, B. 88 ; *Crim.*, 13-11-1952, B. 252 ; *Crim.*, 19-1-1956, B. 81 ; chronique PATIN et CAULLET ; *R.S. Crim.*, 1953, p. 251.

(58) LE CLERE, *Revue de Science criminelle*, 1959, p. 353 et ss.

(59) De manière épisodique, nous devons noter que l'article 3 de la décision présidentielle du 3 mai 1961 autorisait une telle délégation (art. 3 de l'ord. 62-429 du 14-4-1962).

gant. En réalité, cette situation est beaucoup moins choquante qu'il n'y paraît. Le juge délégué aurait la possibilité d'accomplir l'acte si les règles relatives au découpage des circonscriptions territoriales avaient été différentes. Surtout, l'intérêt d'une bonne administration de la justice s'oppose aux formalités inutiles. Les cabinets d'instruction sont toujours encombrés, et en imposant la transmission de la commission rogatoire à un autre juge, on aboutirait à un retard dans l'exécution des actes. Il ne s'agit pas là d'une vaine crainte, car souvent le juge délégué procède à une subdélégation. Après l'exécution de la commission rogatoire, il serait aussi nécessaire d'utiliser le même processus mais à rebours.

La circulaire du garde des Sceaux prise pour l'application du Code de procédure pénale indique expressément que la subdélégation est une technique inutile du moment que la personne commise est compétente dans le propre ressort territorial du juge. L'article C. 49 présente cette solution comme la reproduction de la jurisprudence de la Cour de cassation, antérieure à l'application du Code de procédure pénale (60).

Avant de procéder à l'étude de la nature juridique de la commission rogatoire, nous noterons que le législateur l'a conçue comme un acte exceptionnel (art. 81 al 4). Au cours de la préparation du texte du Code de procédure pénale, certains avaient même songé à interdire totalement les délégations (61). Ce caractère est également souligné dans la circulaire (art. C. 195).

Au regard des différents aspects présentés par la commission rogatoire, ainsi que de la jurisprudence intervenue depuis la mise en application du Code de procédure pénale, nous tenterons de justifier la qualification d'acte d'administration que nous avons donnée à la commission rogatoire.

2. — *Nature de la commission rogatoire.*

67. — La commission rogatoire est toujours considérée comme un acte d'instruction, car c'est un acte accompli par le juge d'instruction (62). Un auteur, cependant, en dirigeant ses recherches sur l'aspect juridictionnel des actes d'instruction, était amené à considérer la commission rogatoire comme un simple acte d'administration (63).

En réalité, la commission rogatoire possède ces deux aspects. C'est un acte hybride qui, par certains côtés, se présente comme un acte d'administration et, par d'autres, est un véritable acte d'instruction.

(60) La circulaire, dans ses articles C 50 et ss. s'efforce de résoudre le problème posé par les officiers de police judiciaire qui, normalement, ont une compétence régionale et, exceptionnellement, une compétence nationale.

(61) LEFEBVRE, Thèse, p. 15.

(62) Ainsi STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 124, 698 ; Thèse LEFEBVRE, p. 35 ; Crim., 11-1-1940 ; G.P. 1940.II.231.

(63) MARQUISSET, « L'acte d'instruction », Rec. Droit pénal, 1957, p. 41.

La commission rogatoire est un acte d'administration.

La commission rogatoire présente les caractères d'un acte d'administration à deux points de vue : d'une part, en ce qui concerne la délégation elle-même et, d'autre part, relativement aux prérogatives du délégant.

68. — La délégation peut être envisagée sous deux aspects : s'il s'agit d'un acte d'instruction, la qualité de la personne déléguée sera appréciée de manière stricte. L'on admet qu'un juge puisse se décharger de certaines tâches sur une autre personne, mais la délégation ne sera valable que si cette personne désignée procède aux actes.

A l'inverse, s'il s'agit d'un acte d'administration, l'essentiel sera que l'acte soit effectué, la personne même qui l'effectue n'exerçant pas d'influence sur le résultat.

Cette dernière solution a été admise par la Cour de cassation. Il n'est pas nécessaire pour la validité de la commission rogatoire qu'elle mentionne le nom de la personne chargée de l'exécution. Seule la qualité judiciaire doit figurer sur l'acte (64). Toute délégation et toute subdélégation sont autorisées. Un juge d'instruction différent de celui choisi, ou un officier de police judiciaire subdélégué par un autre officier de police judiciaire, peuvent exécuter valablement la commission rogatoire (65).

69. — Les pouvoirs accordés par la délégation révèlent aussi cet aspect d'acte d'administration. La personne déléguée se trouve aux lieu et place du juge d'instruction, aussi ne possède-t-elle que les mêmes attributions. La Cour de cassation avait rappelé ce principe par deux importants arrêts du 12 juin 1952 et du 22 janvier 1953 (66). Un arrêt de la chambre criminelle rendu le 24 juillet 1961 (67) peut aussi s'inscrire dans cette ligne d'évolution.

A la suite d'un meurtre, une information ouverte contre X... est confiée à un juge d'instruction. Ce dernier délivre une commission rogatoire à la police judiciaire afin de mieux retrouver l'auteur de l'infraction. Ne parvenant pas à identifier cette personne, le juge clôt son enquête par une ordonnance de non-lieu. Un mois après, la police judiciaire utilise cette commission rogatoire pour entendre un témoin sous la foi du serment. Cet acte, manifestement irrégulier, a cependant servi à la réouverture d'une instruction sur charges nouvelles et ensuite à la condamnation de l'inculpé. Sur le pourvoi du procureur général près la Cour de cassation, d'ordre du garde des Sceaux, la Cour de

(64) Voir Crim., 25-1-1849 ; D.P. 1849.I.31 et Crim., 31-5-1924 ; S. 1924.I.190.

(65) Voir Crim., 15-11-1951, B. 296. En ce qui concerne les officiers de police judiciaire, la subdélégation est fréquente, le juge s'adressant directement au chef d'un service de police judiciaire. De même, Crim., 5-1-1962 ; J.C.P. IV.22, Bull. Crim., 1962, n° 3.

(66) Voir *supra*, n° 62.

(67) Crim., 24-7-1961, B. 353.

cassation cassa la décision, car l'acte d'audition de témoin avait été effectuée en vertu d'une commission rogatoire périmée. En effet, le juge d'instruction ne pouvait plus procéder à aucun acte relativement au fait dont il se trouvait saisi. Par l'ordonnance de non-lieu, il avait épuisé sa juridiction. N'étant plus saisi d'un fait, il ne pouvait continuer d'instruire sur délégation, et c'est la raison pour laquelle l'acte devait être annulé.

C'est le même motif qui préside à l'interdiction des commissions rogatoires générales. Le juge, en fait, n'est pas saisi et il ne peut déléguer des pouvoirs qu'il ne possède pas.

Mais un juge peut fort bien délivrer une commission rogatoire générale relativement à une infraction déterminée. Il lui est possible de déléguer, pour tout acte, et à la limite pour tous les actes. Ce procédé est valide, encore qu'il convienne mieux que le délégant puisse contrôler de près les actes effectués en son nom.

70. — Les prérogatives du délégant se manifestent particulièrement en ce qui concerne l'exercice du droit de délégation (c'est-à-dire quels pouvoirs sont accordés au juge), et le contrôle du délégant sur l'exécution de la délégation.

Le juge d'instruction ne peut déléguer n'importe lequel de ses pouvoirs. Il ne peut le faire que pour un acte d'instruction (art. 151 al. 3 C.P.P.). Le juge ne pourrait pas déléguer ses attributions juridictionnelles (68). Pour prendre un exemple très simple, le juge ne pourrait pas charger une autre personne de mettre fin à l'instruction qu'il a effectuée.

De même, la personne déléguée ne peut empiéter sur les attributions du délégant. La survenance d'une difficulté d'ordre contentieux ne peut l'autoriser à usurper les pouvoirs de juridiction du juge délégant. La personne agissant en vertu d'une commission rogatoire se trouve dans la même situation qu'un magistrat chargé par une juridiction de procéder à un supplément d'information (69). Il a été jugé qu'aucun pouvoir de juridiction ne lui appartenait en propre : le magistrat délégué ne pourrait pas statuer sur une demande de mise en liberté provisoire.

Le fondement de la délégation devrait servir de limite au droit du juge. L'impossibilité matérielle ou juridique est à l'origine de la théorie. Ainsi répond parfaitement à cette nécessité la délégation prescrivant des actes de recherche ou de surveillance (70). Le juge ne peut en même temps rechercher en plusieurs endroits, alors que

(68) C'est pour cette raison que le délégué ne peut utiliser les mandats. Ce sont de véritables actes de juridiction (*contra*, STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, 2^e éd., n° 698).

(69) Ce magistrat ne peut effectuer que des actes d'instruction ; cf. Crim., 27-7-1907, B. 348 ; S. 1909.I.169, note Roux.

(70) Voir circulaire (art. C 165 à C 167) ; cf. STEFANI et LEVASSEUR, II, n° 516.

la découverte ou l'arrestation d'un inculpé doit être opérée très rapidement pour devenir réelle. Dans cette hypothèse, le juge d'instruction peut faire effectuer des opérations simultanées sur différents points du territoire (art. 155 C.P.P.). Des reproductions ou des copies intégrales de la commission rogatoire seront alors adressées. S'il y a urgence, la commission rogatoire pourra être diffusée par tous moyens, à la condition que les mentions essentielles de la délégation soient indiquées : nature de l'inculpation, nom et qualité du magistrat mandant.

71. — Le juge d'instruction a l'initiative de la délégation. Il décide de l'opportunité de la commission rogatoire, il est donc naturel qu'il exerce un contrôle sur l'exécution de l'acte (art. 81 al 5 C.P.P.). Le premier contrôle intervient *a priori*. En même temps qu'il délègue ses pouvoirs, le juge accorde un délai pour l'exécution des actes. De cette manière, il sera informé au plus vite du résultat des opérations demandées. Au vu de ces renseignements, le juge d'instruction sera mieux à même d'orienter le cours de l'instruction.

Si le juge omettait de prescrire un délai, les documents relatifs aux opérations effectuées devraient lui être adressés dans les huit jours suivant l'achèvement des actes délégués. C'est ce que dispose l'article 154 al. 4.

Même en cours d'exécution, le juge conserve la direction de l'enquête. Ainsi, s'il survenait quelque difficulté, il serait nécessaire d'en référer au juge qui a prescrit la mission originaire. Cette hypothèse peut se réaliser au cours d'une perquisition, lorsque la police judiciaire est amenée à instrumenter au domicile d'un avocat ou d'une personne soumise au respect du secret professionnel. Il vaut mieux alors informer le juge de la situation, pour lui permettre de prendre toutes mesures utiles en vue du respect du secret.

Mais cette surveillance en cours d'exécution doit-elle se traduire par un contrôle sur les actes effectués ? Notamment, le juge peut-il contrôler la régularité de l'acte et au besoin le refaire ?

72. — Un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 juillet 1899 (71) a admis une telle possibilité. En l'espèce, des irrégularités avaient été commises par suite de l'inobservation de la loi du 8 décembre 1897. Dans ces conditions, la Cour de cassation a autorisé le juge d'instruction à refaire les actes irréguliers ou incomplets, ou même à en charger la personne précédemment déléguée. Cette solution était justifiée par les fonctions du juge d'instruction ainsi que par les pouvoirs de l'article 60 C.I.C. Cet article permettait au juge de recommencer les actes accomplis par la police judiciaire au cours de l'enquête de flagrant délit.

Cette justification, toutefois, nous étonne ; car nous ne sommes pas en présence d'une infraction flagrante. De plus, le juge lui-même

ne peut annuler un acte qu'il a accompli. Cette situation a eu l'occasion de se présenter avec l'institution des nullités textuelles due à la loi de 1897. Il a fallu recourir à la juridiction supérieure au moyen de l'appel d'une ordonnance de soit-communiqué. Seule la chambre d'accusation a compétence pour constater la nullité d'un acte (72). La situation serait différente si le juge avait chargé la police judiciaire de recueillir des renseignements, car en cette hypothèse, ce ne sont pas des actes d'instruction. Tel était le cas dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 2 août 1913 (73), ou dans celle du 24 novembre 1955 (74), où le juge avait chargé des gendarmes de rechercher si une transaction était intervenue au profit de l'inculpé en matière d'infractions économiques.

La même hypothèse aurait pu se présenter dans l'affaire du 15 juin 1961 (75), où le juge avait demandé des renseignements sans utiliser le procédé de la commission rogatoire.

Aucun arrêt n'a véritablement statué sur le pouvoir du juge de recommencer l'acte, depuis l'arrêt de 1899. Il nous semble cependant que cette solution ne serait plus adoptée, car la commission rogatoire se présente aussi comme un acte d'instruction.

La commission rogatoire est un acte d'instruction.

73. — La commission rogatoire est un véritable acte d'instruction, car la délégation est donnée pour l'accomplissement d'un tel acte. Malgré sa forme juridictionnelle, l'acte de délégation n'a pas besoin d'être notifié aux conseils des parties : il n'envisage, en effet, que l'exécution d'un acte d'instruction (76).

En dehors de la délégation, le juge prescrit une mesure utile au déroulement de l'instance devant le magistrat instructeur. Ainsi la commission rogatoire permettra l'interruption de la prescription (77). Si ce n'avait été qu'un acte d'administration, cet effet n'aurait pu se produire puisque l'acte d'administration concernant seulement le bon fonctionnement de la justice, ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers.

C'est ainsi que la Cour de cassation (78) a pu fixer le point de départ de la prescription, à la veille de l'exécution d'un acte nul, sur commission rogatoire.

(72) Note sous Paris 23-2-1912 ; D.P. 1913.2.52.

(73) Crim., 2- 8-1913 ; D.P. 1918.I.20.

(74) Crim., 24-11-1955, B. 520.

(75) Crim., 15- 6-1961, B. 302.

(76) Le 8 décembre 1899 (B. 356), la Cour de cassation décidait que les commissions rogatoires constituaient des actes d'instruction et ne rentraient pas dans la catégorie des décisions du juge à communiquer aux conseils des parties.

(77) Crim., 11-1-1940, B. 5 ; G.P. 1940.II.231 ; Agen, 21-7-1949 ; J.C.P. 1950. II.5343, note Magnol.

(78) Crim., 10- 4-1959, B. 205.

Cette solution pouvait déjà être dégagée d'un arrêt du 24 novembre 1955 (79). En l'espèce, le juge n'avait pas donné de délégation à la gendarmerie ; il avait seulement adressé une demande de renseignement. Dans ces conditions, la chambre criminelle n'avait pu reconnaître l'effet interruptif à ces simples renseignements. La commission rogatoire aurait permis d'interrompre le cours de la prescription parce qu'elle est un acte d'instruction.

74. — Une conséquence de ce caractère d'acte d'instruction consistera à empêcher le magistrat qui l'a accomplie de participer au jugement de cette affaire. Le Code d'instruction criminelle avait édicté une incompatibilité entre les fonctions de juge d'instruction et de juge d'une juridiction de jugement en matière criminelle (art. 257 C.I.C.). L'article 1^{er} de la loi de 1897 a étendu cette incompatibilité aux matières correctionnelles. L'article 49 du Code de procédure pénale reproduit cette interdiction (80).

La Cour de cassation a été ainsi amenée à décider que l'interdiction s'appliquait au juge d'instruction chargé de fonctions temporaires (81), car le fondement de cette règle réside dans l'exécution d'un acte d'instruction. Toutefois, le simple accomplissement de formalités purement matérielles ne permet pas l'application de la règle. Un magistrat chargé de recevoir le serment des experts commis ou de remettre des pièces à conviction peut participer au jugement de l'affaire, car ces formalités ne constituent pas des actes d'instruction (82).

Dès lors, en matière de commissions rogatoires, la transmission d'une délégation doit constituer une pure formalité, tandis que l'exécution de l'acte aboutit à l'accomplissement d'un véritable acte d'instruction.

Un arrêt du 23 janvier 1931 (83) a cependant admis qu'aucune violation de l'interdiction ne résultait de ce qu'un juge de paix ait effectué des actes d'information dans une affaire qu'il avait ultérieurement jugée comme président du tribunal de police. L'arrêt ne précisant pas quels actes avaient été effectués, il est difficile de prétendre que la Cour de cassation n'ait pas considéré la commission rogatoire comme un acte d'instruction.

Quelques années après, la Cour de cassation devait rendre un arrêt beaucoup plus net. Le 21 mars 1935, il est affirmé que l'incompatibilité ne peut exister lorsque le magistrat n'a eu qu'un rôle passif dans l'exécution de la commission rogatoire (84). En l'espèce, la commission était relative à des faits sans rapport avec les faits de l'accusa-

(79) Crim., 24-11-1955, B. 520.

(80) Voir l'étude de cette question, *infra* 2^e partie n° 540 et ss.

(81) Crim., 1-8-1929, B. 174.

(82) Crim., 3-2-1865, B. 24 ; D.P. 1866.I.410.

(83) Crim., 23-1-1931, B. 22.

(84) Crim., 21-3-1935, B. 35.

tion, et surtout le juge s'était borné à transmettre la délégation à un officier de police judiciaire. Il n'avait pu avoir aucune connaissance du fond de l'affaire, ni se forger une opinion défavorable aux intérêts de la défense.

75. — Ainsi, la commission rogatoire apparaît-elle comme un acte complexe. C'est un acte d'administration de la justice et aucune des parties au procès pénal ne peut être intéressée par son déroulement. Mais dans la mesure où elle tend à l'accomplissement d'un acte de manifestation de la vérité, elle revêt l'aspect d'un acte d'instruction. Comme tel, elle permettra notamment l'interruption de la prescription. Au lieu d'examiner cet acte sous une nature unique, nous avons préféré dégager ces deux aspects, car une délégation pure et simple ne peut — a priori — servir à la manifestation de la vérité.

Avec la commission rogatoire, la notion de l'acte d'administration commence à se dégager. C'est une mesure d'ordre intérieur dont le magistrat peut avoir à rendre compte à son supérieur hiérarchique (art. 220 C.P.P.). Cet acte ne porte, dès lors, aucune atteinte aux droits des tiers.

Déjà, nous avons pu nous rendre compte de la complexité qu'il y avait à discerner les actes d'instruction des purs actes d'administration. Cette analyse délicate nous aura ainsi préparé à l'étude de l'ordonnance de soit-communiqué.

B. — L'ORDONNANCE DE SOIT-COMMUNIQUÉ.

76. — L'ordonnance de soit-communiqué apparaît comme une décision aux termes de laquelle le juge d'instruction prescrit la communication du dossier au procureur de la République ; en quelque sorte, c'est une ordonnance qui justifie le dessaisissement momentané, par le juge d'instruction, du dossier qu'il constitue.

Le Code d'instruction criminelle avait, en certaines hypothèses, prescrit la communication du dossier ; tel est le cas de la communication préalable aux réquisitions définitives du procureur de la République (art. 127 C.I.C.). Parfois, c'est avant de prendre certaines décisions en cours de procédure que le juge doit obtenir les conclusions du ministère public. Il en est ainsi pour la délivrance du mandat d'arrêt (art. 61 al. 2 C.I.C.), ou pour la mise en liberté provisoire (art. 94 et 113 C.I.C.) (85).

Enfin, le ministère public dispose du droit d'obtenir la communication du dossier, à toute époque de l'information, à charge par lui de le restituer dans les vingt-quatre heures. Chaque fois que le dossier est communiqué au ministère public, une ordonnance de soit-communiqué est rédigée qui permettra au greffier de transmettre le dossier au Parquet. Cet acte ne se trouve aucunement réglementé.

(85) Voir ainsi STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n^{os} 436, 534, 545 et 553.

Le Code de procédure pénale n'a apporté en cette matière aucune innovation. Les différentes hypothèses de communication demeurent, y compris la clause générale de l'article 61, devenu article 82 al 2 C.P.P. (86).

Le problème reste posé de savoir quelle nature possède cet acte.

77. — Dans une certaine mesure, cet acte qui prescrit la communication du dossier, apparaît comme un acte de pure administration. En effet, lorsque le juge satisfait à la demande du procureur de la République, aucun litige n'existe. S'il refuse, au contraire, la communication, le procureur pourra faire appel de cette décision en vertu de son droit spécial et absolu. Mais cet incident n'est relatif qu'à la bonne administration de la justice et l'acte ne peut, de ce seul fait, revêtir un aspect juridictionnel.

Si nous nous plaçons à un autre point de vue, il est possible de considérer que cette ordonnance prépare une décision du magistrat instructeur ; si le juge a prescrit la communication du dossier, c'est dans le dessein d'obtenir l'avis du Parquet sur une question, que cet avis soit obligatoire ou facultatif. De même, la requête du ministère public tendra à solliciter du juge telle ou telle mesure d'instruction.

Une décision juridictionnelle se trouve en préparation et l'intérêt de la défense exigerait qu'elle en soit avertie pour qu'elle puisse présenter ses arguments ou suggérer toute mesure utile à la manifestation de la vérité.

Si le juge envisage de mettre en liberté, d'office, certains inculpés, les autres n'ont-ils pas intérêt à en être avertis afin de présenter leur argumentation en vue de l'obtention de la même faveur ?

Les intérêts de la défense, d'être avertie de la préparation d'une décision, apparaissent beaucoup plus nettement dans l'hypothèse d'une clôture prochaine de l'instruction. L'inculpé, ou son conseil, pourront ainsi solliciter une mesure complémentaire d'instruction.

C'est à propos de l'application de l'article 10 al. 2 de la loi de 1897, prescrivant la communication immédiate de toute ordonnance du juge (art. 183 C.P.P.) que la Cour de cassation eut à débattre de cet important problème.

78. — Le principe a été nettement posé par l'arrêt du 24 juin 1898 (87). Après la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, un juge d'instruction avait refusé d'accorder l'assistance d'un avocat à un inculpé. Le procureur de la République ayant remarqué cette

(86) L'article 127 C.I.C. est devenu l'article 175 C.P.P. En matière de détention préventive, de nombreux articles prévoient l'avis du procureur de la République (art. 139, 140, 141 C.P.P.). De nouveaux cas sont aussi créés. Voir aussi 2^e partie, titre I^{er}, chap. II.

(87) Crim. 24-6-1898, B. 230 ; S. 1901.I.153, note Roux. De même ultérieurement, Crim., 10-2-1923 ; S. 1923.I.233, note Roux ; Crim. 30-4-1925 ; S. 1926.I.187 et Crim., 9-6-1955 ; D. 1956.80.

violation flagrante de la loi, interjeta appel de l'ordonnance de soit-communiqué, rendue par le juge afin d'obtenir les réquisitions définitives du ministère public. La chambre des mises en accusation de Montpellier, saisie de l'appel, le déclara irrecevable. Sur le pourvoi du procureur général de la Cour de Montpellier, la Cour de cassation trancha à la fois la question de la qualification de l'ordonnance de soit-communiqué et celle de l'application de la loi de 1897.

La Cour, tout d'abord, estime que le droit d'appel du procureur de la République s'exerce contre toute ordonnance du juge d'instruction, « et c'est en vain que l'on pourrait prétendre considérer l'ordonnance de soit-communiqué comme un acte de pure forme, dépourvu de tout caractère juridictionnel, une sorte de lettre de transmission adressée au Parquet pour le mettre en demeure de fournir ses réquisitions ».

Cette analyse, qui pouvait être exacte antérieurement à la loi, ne l'est plus, car avis doit être donné au conseil de toute ordonnance.

Tel sera le cas de l'ordonnance de soit-communiqué ; de cette manière, le conseil de l'inculpé pourra obtenir la communication du dossier et produire toutes suggestions dans l'intérêt de la défense. « Dans ces conditions, il faut reconnaître que l'ordonnance de soit-communiqué, loin d'être un acte de pure transmission, présente les caractères d'un acte juridictionnel. »

La Cour de cassation a bien montré le changement résultant de la loi de 1897. Tant que l'instruction était totalement secrète, il importait peu que l'inculpé eût connaissance du règlement de l'instruction. En revanche, la loi nouvelle ayant instauré, dans une certaine mesure, la contradiction, la communication de la procédure avant la clôture répond à cette nouvelle orientation.

79. — Cette solution libérale a été étendue à la procédure devant les juridictions militaires. En ce domaine, le général commandant la région militaire déclenche l'action publique en délivrant un ordre d'informer. C'est en vertu de ce titre que le juge d'instruction militaire est habilité à effectuer ses recherches. Il a été admis que la transmission des pièces au commissaire du Gouvernement par le magistrat instructeur, prévue à l'article 108 du Code de justice militaire, devait être portée à la connaissance du conseil de l'inculpé (88). L'arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 1910 (89) précise nettement la raison de cette assimilation. La transmission des pièces au commissaire du Gouvernement présente, en effet, les caractères d'une ordonnance du juge, au sens de la loi de 1897. Cette décision a pour effet de dessaisir le magistrat rapporteur et de provoquer la décision du général chargé de se prononcer sur la mise en jugement. La Cour de cassation s'est exprimée de manière non équivoque en ces termes

(88) Voir notamment Crim. 14-2-1907, B. 80 et les nombreux arrêts cités en référence, rendus au cours de la même année.

(89) Crim. 15- 4-1910, B. 193.

« qu'il est essentiel pour répondre au vœu de la loi de 1897 que le conseil de l'inculpé soit dûment averti de la clôture et du règlement prochain de la procédure, qu'ainsi seulement, il est mis en mesure de produire les observations qu'il juge utiles dans l'intérêt de la défense ».

Toute une série d'arrêts témoigne de la fermeté de la jurisprudence sur ce point (90). La décision préparatoire à la clôture équivalant, en quelque sorte, à l'ordonnance de soit-communiqué. Nous aurons l'occasion de reprendre cette jurisprudence lorsque nous étudierons les actes juridictionnels du juge d'instruction et que nous nous efforcerons de trouver le motif de la qualification juridictionnelle d'un acte apparemment administratif.

80. — Car, si l'ordonnance de soit-communiqué préalable à une décision de clôture du juge n'a pas de caractère administratif, il n'en va pas de même pour celles préparatoires à toute autre décision du juge.

L'évolution, toutefois, a été beaucoup plus lente. Deux arrêts de la Cour d'appel de Rouen ont présidé à l'établissement de cette distinction.

Le 26 juillet 1912, la cour d'appel de Rouen (91) décidait que les ordonnances de soit-communiqué par lesquelles le juge d'instruction transmettait deux demandes de mise en liberté provisoire au procureur de la République, ne possédaient pas le caractère juridictionnel. Seules constituent des actes de juridiction les ordonnances « par lesquelles le magistrat décide sur un point et donne une solution, à l'exclusion des mesures qui sont des formalités de procédure ou des actes d'instruction ». Aussi, l'ordonnance qui consiste à transmettre au Parquet des demandes de mise en liberté provisoire, en vue d'obtenir des réquisitions ne possède absolument pas de caractère juridictionnel. Dix années plus tard, un arrêt similaire était rendu par la même cour d'appel (92).

La Cour en déduisait, chaque fois, qu'il n'était pas nécessaire de porter cette ordonnance à la connaissance du conseil de l'inculpé, ce qui eût entraîné la nullité de la procédure dans l'hypothèse inverse. Ces deux arrêts devaient indiquer la voie à la Cour de cassation, encore que l'on ait pu penser qu'il s'agissait de solutions d'espèce. Telle était l'opinion soutenue par Le Poittevin (93).

Pour cet auteur, une distinction était à faire entre les différentes ordonnances de soit-communiqué selon qu'elles intervenaient en fin d'information ou non. Pour les ordonnances rendues en cours d'infor-

(90) Crim., 12-12-1912, B. 633 ; Crim., 7-1-1914, B. 1 ; Crim., 6-2-1914, B. 80 ; Crim., 19-2-1920, B. 89 ; Crim., 12-3-1920, B. 130 ; Crim., 4-8-1921, B. 328 ; Crim., 21-12-1923, B. 444.

(91) Rouen, 26-7-1912 ; D.P. 1916.2.113, note Le Poittevin.

(92) Rouen, 12-7-1922 ; D.P. 1922.2.109.

(93) Note sous Rouen, 26-7-1912 ; D.P. 1916.2.113.

mation (hypothèse notamment de l'art. 61 C.I.C., ou 82 C.P.P.), aucune notification n'est nécessaire, car les droits de la défense n'étant pas intéressés, ce domaine peut rester étranger à l'inculpé. De même, pense Le Poittevin, « aucune notification ne doit être faite lorsque la mesure proposée ne peut être qu'avantageuse (liberté provisoire) ». Cela pourrait même nuire à l'inculpé, en apportant un retard dans la décision du juge.

81. — C'est peut-être ce motif, d'éviter tout retard, qui a guidé la jurisprudence. Mais il ne serait pas impossible d'invoquer un autre argument. Si c'est l'inculpé détenu qui a formulé la demande, il n'ignore pas que le juge va statuer, après avoir demandé l'avis de la partie publique. Dès lors, la notification dont le fondement réside dans la possibilité pour l'inculpé de présenter son opinion, ne se trouve pas justifiée en ce domaine. C'est pourquoi l'ordonnance de soit-communiqué ne peut présenter qu'un aspect administratif : elle n'a pour but que le bon fonctionnement des rouages de la justice.

La Cour de cassation n'a pas hésité à s'engager dans cette voie. Le 4 janvier 1934 (94), elle établit une distinction entre les différentes ordonnances de soit-communiqué. Ne sont soumises à la formalité de l'article 10 de la loi de 1897, en ce qui concerne « les ordonnances de soit-communiqué, que celles qui présentent, comme au cas prévu à l'article 127 C.I.C. (art. 175 C.P.P.), le caractère d'un acte juridictionnel, préliminaire à une décision en vue de laquelle la défense doit être mise en mesure de réclamer communication du dossier, de l'examiner et de présenter les observations qu'elle jugera nécessaires ».

Cette fois, la Cour ne se trouvait pas sur le terrain particulier de la liberté provisoire où la solution aurait pu paraître circonstancielle, la Cour de cassation adoptant une position libérale en ce domaine (95).

Dans l'espèce de 1934, l'ordonnance de soit-communiqué était destinée à obtenir un réquisitoire du Parquet pour modifier l'inculpation en y adjoignant des circonstances aggravantes. Le juge y avait procédé avant d'interroger l'inculpé.

La Cour de cassation, rappelant que la saisine du juge s'effectue *in rem*, estime que le magistrat instructeur n'a pas accompli un acte de sa juridiction, mais une simple formalité de procédure, au demeurant superflue. Le réquisitoire introductif embrassant toutes les circonstances de fait, le juge avait qualité pour instruire à leur égard.

(94) Crim., 4-1-1934, B. 2 ; D.P. 1934.I.121, note Leloir.

(95) Elle a refusé, comme dénué d'intérêt, d'examiner le moyen tiré de ce qu'une ordonnance portant mise en liberté provisoire sous caution n'aurait pas été portée à la connaissance du conseil du prévenu. Il suffit que le juge ait fait droit à la demande de l'inculpé détenu pour que la Cour de cassation refuse toute voie de recours à l'encontre de la décision du juge (Crim., 3-4-1924, B. 153). Voir aussi Crim., 10-2-1921, B. 71 et Crim., 28-5-1921, B. 224.

Puisque cette formalité supplémentaire ne pouvait qu'apporter un surcroît de garanties à l'inculpé, cet acte n'avait pas besoin des formes destinées à empêcher l'atteinte aux droits de la défense. La distinction se trouve nettement posée. Leloir, cependant (96), estimait qu'il ne devrait exister qu'une seule et même catégorie d'ordonnances de soit-communiqué. Même celle préalable à une décision du juge véritablement juridictionnelle n'est au fond qu'une ordonnance administrative. S'il admet qu'elle soit notifiée, c'est en raison de l'intérêt qu'elle présente pour la défense, en raison de l'étape qu'elle marque dans la marche de la procédure. Leloir regrettait qu'aucun des projets préalables de la loi de 1897 n'ait été voté, car cette question y était envisagée.

La solution jurisprudentielle paraît, ainsi, solidement enracinée: la notification des actes du juge ne concerne que les actes juridictionnels et les ordonnances de soit-communiqué préparatoires à une décision de ce genre, au moment de la clôture de l'information.

82. — Mais la jurisprudence n'est pas aussi ferme qu'on pouvait bien le croire, et notamment en matière de mise en liberté provisoire. La cour d'appel de Rouen (97) avait, à ce propos, refusé à l'ordonnance de soit-communiqué le caractère juridictionnel au motif sous-jacent que cette demande connue de la défense ne pouvait attenter aux droits de cette partie. La Cour de cassation, par un arrêt du 24 février 1954 (98) devait prendre le contrepied de cette position. Bien que l'affaire concernât un juge d'instruction militaire, la solution demeure intéressante car le texte du Code de justice militaire sur ce point reproduit celui de la loi de 1897 (et du Code de procédure pénale, art. 183).

A la suite d'une demande de mise en liberté provisoire présentée par l'inculpé, le juge communique le dossier au Parquet. Le procureur ayant formulé son avis le jour même, le juge prend sa décision le même jour. La Cour de cassation, après avoir rappelé les principes de la matière de la communication des actes, annula la procédure en reconnaissant à l'ordonnance de soit-communiqué un caractère juridictionnel.

M. Gollety approuve cette décision, car le conseil de l'inculpé peut avoir intérêt à connaître les éléments nouveaux intervenus depuis la dernière communication du dossier. De même, le conseil pourra prendre connaissance des observations présentées par la partie civile. Dès lors, ce formalisme doit être observé chaque fois que le juge refusera la mise en liberté. Au contraire, les délais peuvent être abrégés lorsque le juge décide de rendre une ordonnance de mise en liberté. Mais, à l'avance, le juge ne peut savoir quelle décision il prendra,

(96) Note sous l'arrêt du 4-1-1934 ; D.P. 1934.I.121 ; voir dans le même sens, *Crim.*, 9-1-1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 18.

(97) Rouen, 26-7-1912 ; D.P. 1916.II.113 ; Rouen, 12-7-1922 ; D.P. 1922.II.109.

(98) *Crim.*, 24-2-1954 ; D. 1954, p. 536, note Gollety.

car il ne connaît pas les arguments de la partie publique. Aussi, M. Gollety estime que toute ordonnance de soit-communicé doit être notifiée au conseil de l'inculpé.

83. — Pour notre part, nous n'acceptons pas cette position, car l'acte du juge n'a pas été apprécié selon sa véritable nature. Il semble qu'au lieu de rechercher si l'ordonnance avait un caractère juridictionnel ou administratif, l'on a admis que tout acte du juge, préalable à une décision juridictionnelle, emprunte l'aspect juridictionnel de cet acte.

Dans le cas présent, l'acceptation ou le refus du juge de placer un inculpé en état de liberté provisoire est une décision qui tranche un litige. Dans l'hypothèse même de la mise en liberté, cet acte sera susceptible d'exécution et un nouveau mandat sera nécessaire pour autoriser la reprise de la détention préventive.

Il est étonnant que la Cour de cassation ait pu accepter un tel déplacement du caractère juridictionnel, car l'ordonnance de soit-communicé antérieure à une décision sur la liberté provisoire ne tranche aucun litige. Pourquoi, alors, exiger la notification au conseil de l'inculpé d'une ordonnance que le dépôt de sa demande entraîne nécessairement, ordonnance d'ailleurs qui ne peut porter aucune atteinte aux droits de la défense ?

M. Gollety justifiait cette notification par la possibilité d'une communication du dossier. Mais le juge ne peut y être obligé s'il n'a pas l'intention de procéder à un interrogatoire. Le conseil de l'inculpé ne pourra pas avoir connaissance du contenu du dossier, et toutes les observations qu'il présentera ne seront-elles pas une reprise des arguments déjà invoqués dans la demande initiale ?

La notification de l'ordonnance de soit-communicé apparaît inutile en cas de mise en liberté provisoire sur demande : elle serait même contraire à une bonne administration de la justice puisqu'elle occasionne un retard, et ce formalisme pourrait nuire à la personne détenue. On pourrait même craindre que le ministère public n'utilise son droit d'appel en invoquant l'absence de notification pour faire annuler cette procédure. A notre sens, cette ordonnance qui ne peut d'aucune manière léser les intérêts de la défense, est un acte de pure administration.

84. — Il est d'ailleurs significatif de noter qu'un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 12 novembre 1959 (99), a adopté une solution différente. Notons que le Code de procédure pénale n'a apporté aucune modification relativement à l'ordonnance de soit-communicé. Seul, le régime de la détention préventive a été tempéré par l'institution de la limitation dans le temps, en principe, fixée à quatre

(99) Crim., 12-11-1959, B. 486 ; D. 1960, p. 59, note Gollety ; voir CHAMBON, J.C.P. 1961.I.1627.

mois (100). A l'expiration de cette période une nouvelle ordonnance doit prescrire la prolongation de la détention. Dans un certain souci de libéralisme, le Code a prévu que cette ordonnance serait motivée et rendue sur les réquisitions également motivées du procureur de la République.

Cet acte ordonnant la prolongation de la détention possède, sans conteste, un caractère juridictionnel. Si nous adoptons le raisonnement de la Cour de cassation, l'ordonnance de soit-communiqué va emprunter le caractère juridictionnel de l'ordonnance à venir. Etant elle-même juridictionnelle, elle devra être notifiée au conseil de l'inculpé, pour que ce dernier puisse présenter ses observations ; la notification s'impose bien plus dans ce cas puisque l'inculpé n'a pas présenté de demande, et qu'il ignore le contenu de son dossier. L'intérêt de la défense exigerait la notification de l'ordonnance de soit-communiqué.

Telle n'a cependant pas été la position de la Cour de cassation, qui a refusé de reconnaître le caractère juridictionnel de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à une décision de prolongation de la détention qui, à son avis, ne peut être comparée à celle rendue par le juge en fin d'instruction pour obtenir les réquisitions définitives de la partie publique.

L'ordonnance de soit-communiqué relative à la détention préventive « n'avait d'autre objet et n'a eu d'autre résultat que de provoquer les réquisitions du Parquet sur le seul point de savoir si la détention préventive devait ou non être prolongée dans les conditions prévues à l'article 139, qu'il n'y a point eu là un acte de la juridiction du magistrat instructeur, mais l'accomplissement d'une formalité de procédure rendue nécessaire par l'échéance prochaine du terme fixé par la loi à la détention préventive de l'inculpé — événement que celui-ci et son conseil ne pouvaient ignorer et en prévision duquel ils avaient toute liberté pour intervenir en temps opportun, s'ils l'estimaient utile ».

La Cour de cassation ne reprend plus l'argument invoqué en 1954, que la notification au conseil permettrait une intervention efficace. Aussi est-il permis d'affirmer qu'il y a là un revirement de la jurisprudence établie par la Cour de cassation. La nouvelle solution a le mérite d'être conforme à la véritable nature de l'ordonnance de soit-communiqué, qui ne possède aucun caractère juridictionnel.

85. — A la suite de cet arrêt, M. Gollety présente la solution nouvelle, au regard de ce qui avait été précédemment jugé. Deux cas doivent être distingués, estime-t-il : celui où le juge statue sur une demande de mise en liberté provisoire présentée par l'inculpé ou son conseil, et celui où le juge décide de prolonger la détention préventive.

Cette analyse ne nous semble pas conforme à l'arrêt de 1959. L'arrêt mentionne que les parties ne pouvaient ignorer l'échéance du terme fixé par la loi, cet argument peut être utilisé lorsque le juge statue sur une demande présentée par l'inculpé. Dans ce cas, la défense sait fort bien que le juge va prendre une décision.

Dans les deux hypothèses, les mêmes effets se produiront à l'égard de l'inculpé. Aussi nous paraît-il vain de distinguer selon que le juge statue sur requête ou d'office. La même théorie juridique doit s'appliquer et l'ordonnance de soit-communiqué apparaît comme purement administrative. Il est même permis d'affirmer qu'elle possède encore plus l'aspect administratif lorsque l'inculpé est à l'origine de la future décision sur la détention préventive. De ces constatations et raisonnements, nous concluons que la Cour de cassation est revenue sur la solution précédemment adoptée.

86. — Mais si la position de la Cour de cassation a subi une évolution dans cette hypothèse, il importe de constater qu'il n'en a pas été de même pour d'autres ordonnances de soit-communiqué.

Ainsi, il arrive qu'un juge d'instruction soit saisi d'un fait qualifié d'une certaine manière par le procureur de la République. Parfois les investigations amènent le juge à estimer plus juridique telle autre qualification.

Dans le dessein de connaître l'opinion du Parquet sur cette nouvelle qualification, le juge transmet la procédure au Procureur de la République. L'ordonnance de soit-communiqué rendue dans cette hypothèse a été considérée par la Cour de cassation comme un acte purement administratif (arrêt du 4 janvier 1934). Cette analyse a été renouvelée dans un arrêt du 12 juin 1954 (101).

Un juge d'instruction avait sollicité du Parquet la disqualification d'une infraction, et la Cour de cassation a reconnu que l'ordonnance de soit-communiqué ne pouvait être juridictionnelle car elle n'intervenait pas en vue du règlement définitif. Cette solution ne peut surprendre, car le juge d'instruction est saisi d'un fait matériel dont il peut modifier en cours d'instruction la qualification juridique. La demande effectuée au procureur de la République apparaît superflue et ne peut porter, d'aucune manière, préjudice à l'inculpé.

De ce que le juge est saisi d'un fait *in rem*, découle pour lui la possibilité d'inculper de nouvelles personnes non désignées dans le réquisitoire introductif (102). Il n'est pas nécessaire que le juge d'instruction obtienne un réquisitoire supplétif pour continuer son enquête à l'égard de cette personne. Si toutefois, par scrupule, le magistrat demande l'avis du Parquet, l'ordonnance de soit-communiqué revêt le caractère administratif, de pure formalité. C'est ce qu'a décidé à

(101) Crim., 12-6-1954, B. 210 ; D. 1954, p. 753.

(102) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 455 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1258.

deux reprises la Cour de cassation, par des arrêts du 13 juin 1956 et du 29 mai 1957 (103).

87. — Il en est de même lorsque le juge d'instruction communique le dossier au procureur de la République, afin d'en obtenir des réquisitions relativement à la poursuite d'infractions nouvelles découvertes au cours de l'instruction, ou afin de faire joindre une autre procédure. C'est ce qu'a décidé la chambre criminelle par un arrêt du 9 janvier 1962 (104).

L'ordonnance de soit-communiqué posséderait également le caractère d'acte d'administration lorsque le juge d'instruction sollicite l'avis du ministère public avant d'effectuer un acte d'instruction. L'inculpé, dans ce cas, n'est pas admis à critiquer l'opportunité des actes d'instruction (105), et il n'est pas nécessaire qu'il connaisse l'intention du juge, ce qui pourrait nuire à la manifestation de la vérité.

Un acte d'instruction, en outre, n'étant susceptible d'aucune notification, ne pourrait devenir un acte de juridiction par le seul fait que le juge aurait demandé un avis. Telle est la position attestée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1957 (106) à propos d'une ordonnance de soit-communiqué préliminaire à un réquisitoire demandant des mesures d'instruction complémentaires.

Il est aussi une autre hypothèse où la chambre criminelle a reconnu le caractère administratif à une ordonnance de soit-communiqué. Lorsque le juge d'instruction reçoit une plainte assortie d'une constitution de partie civile, il est tenu de la communiquer au ministère public (art. 86 al. 1 C.P.P., ancien art. 70 al. 1 C.I.C.) afin d'obtenir ses réquisitions. Depuis une loi du 2 juillet 1931, le procureur peut requérir l'ouverture d'une information contre inconnu lorsque la plainte paraît insuffisamment fondée : de cette manière les personnes visées dans la plainte ne subiront pas l'opprobre qui résulte d'une inculpation, même si l'instruction doit se terminer par une ordonnance de non-lieu. Le juge d'instruction communiquera le dossier au procureur, au moyen d'une ordonnance de soit-communiqué. En une telle hypothèse, il s'agit d'un acte purement administratif destiné à mettre le procureur de la République en mesure de fournir le document prescrit par la loi.

C'est d'ailleurs ainsi que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt du 17 décembre 1958 (107). En définitive, la position de la Cour de cassation diffère selon que l'ordonnance de soit-commu-

(103) *Crim.*, 13-6-1956, B. 468 et *Crim.*, 29-5-1957, B. 458.

(104) *Crim.*, 9-1-1962 ; D. 1962, som. 50 ; J.C.P. 1962.IV.26 ; Bull. *Crim.*, 1962, n° 18.

(105) Ainsi, la juridiction de jugement ne peut critiquer l'opportunité de mesures d'instruction : Trib. de la Seine, 5-10-1953 ; D. 1954 ; som. 15 ; *Crim.*, 11-10-1961, B. 394.

(106) *Crim.*, 4-6-1957, B. 483.

(107) *Crim.*, 17-12-1958, B. 751.

niqué intervient en cours de procédure, ou dans un temps voisin de la clôture définitive.

88. — En cours de procédure, l'ordonnance de soit-communiqué est un acte d'administration. En quelque sorte, cet acte permet au juge d'instruction de justifier son délaissement du dossier. C'est une mesure d'ordre qui permettra au magistrat de montrer sa diligence à son supérieur hiérarchique. Le Code de procédure pénale a institué, en effet, le président de la chambre d'accusation, supérieur hiérarchique de tous les cabinets d'instruction. Le juge prouvera, par les dessaisissements en faveur du Parquet, qu'il n'a pu mener plus rapidement son information.

L'ordonnance de soit-communiqué apparaît alors comme le titre juridique autorisant le juge à se démunir momentanément de son dossier.

Etant une simple formalité d'ordre intérieur, il arrive parfois que le juge n'établisse pas d'ordonnance de soit-communiqué. De nombreuses communications effectuées au Parquet en vertu de l'article 82 C.P.P. (ancien art. 61 C.I.C.) se font sans qu'aucun acte ne matérialise cette situation; le plus souvent, cette communication a lieu à la suite d'une demande verbale et il est rarement rendu d'ordonnance de soit-communiqué (108). Faire de toute ordonnance de soit-communiqué un acte juridictionnel entraînerait la rédaction obligatoire de l'acte et sa notification aux conseils des parties.

La Cour de cassation n'adopte cette attitude que relativement à l'ordonnance de soit-communiqué précédant le réquisitoire définitif et la clôture de l'instruction. L'absence des formes requises pour un acte juridictionnel pourrait, dès lors, entraîner la nullité de la procédure ultérieure. Nous essaierons de rechercher le motif de cette qualification « juridictionnelle » lorsque nous examinerons les actes juridictionnels du juge d'instruction.

Avec l'ordonnance de soit-communiqué, commence à se dégager la notion d'acte d'administration. La jurisprudence était, ainsi, amenée à en reconnaître de nombreux autres.

§ 2. — Les applications jurisprudentielles de la notion d'acte d'administration.

89. — La jurisprudence a dégagé la notion d'acte d'administration à propos de mesures ne pouvant en rien préjudicier à l'inculpé. Il semblait que cette catégorie était très limitée; or, récemment, de nouvelles applications ont été faites. Nous analyserons successivement ces deux courants.

(108) Voir la note signée F.G. sous l'arrêt de la chambre criminelle du 12-6-1954; D. 1954, p. 753.

A. — LA PREMIÈRE TENTATIVE JURISPRUDENTIELLE.

La jurisprudence a été amenée à déterminer le statut de deux actes qui n'étaient pas réglementés dans le Code d'instruction criminelle. La pratique, constatant leur besoin, avait forgé leurs règles. Ce sont l'ordonnance de dessaisissement et l'ordonnance de jonction des procédures.

1. — *L'ordonnance de dessaisissement* (109).

90. — Le Code d'instruction criminelle s'était contenté de définir dans quelles hypothèses le procureur de la République était compétent dans l'exercice de la police judiciaire (art. 23 C.I.C.). Le juge d'instruction ne pouvant, de manière générale, se saisir lui-même, mais à la suite d'un réquisitoire du procureur de la République, sa compétence est identique à celle de ce dernier magistrat (art. 61 C.I.C.). D'ailleurs, en matière de plainte avec constitution de partie civile, cette règle est rappelée (art. 63). Tous ces divers magistrats sont également compétents. C'est ce que rappelle un arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1950 (110) : « Aux termes des articles 23 et 63 C.I.C., le juge d'instruction du lieu du crime ou du délit est compétent au même titre que celui de la résidence du prévenu ou du lieu de l'arrestation. » Mais si chaque magistrat légalement compétent est saisi par un réquisitoire introductif du procureur de la République, le Code d'instruction criminelle n'a pas prévu de procédure particulière pour la répartition des affaires.

Certes, il existe une procédure de règlement de juges, mais il convient de remarquer que c'est un mécanisme lourd et difficile à mettre en œuvre (art. 525 à 541 C.I.C.). De plus, le grand nombre de juridictions dû au découpage des divers ressorts judiciaires risque d'amener souvent la Cour de cassation à statuer comme organe régulateur. Cette situation peut être d'autant plus fâcheuse que chaque juge saisi et légalement compétent peut estimer sa situation défavorable pour mener l'enquête.

91. — Devant la carence de la loi, la pratique a institué le mécanisme particulier de l'ordonnance de dessaisissement (111). Dès l'instant où le juge d'instruction apprend qu'un autre magistrat est saisi du même fait que lui, il rend une ordonnance dite de dessaisissement par laquelle il transmet le dossier à ce collègue saisi du même fait.

Cet acte est bien délicat à étudier, car la jurisprudence lui a reconnu certains effets, puis ensuite est revenue sur sa prise de position.

(109) Voir GUYENOT, « Le dessaisissement des juridictions dans la procédure pénale française », Rev. Sc. Crim., 1963, p. 279.

(110) Crim., 19-5-1950, B. 166. Voir aussi Dijon, 16-2-1964 ; G.P. 5/8-9-1964.

(111) L'étude de cet acte est faite dans le Précis Dalloz de MM. STEFANI et LEVASSEUR, au n° 638, et à la 3^e édition, II, n° 457 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1175.

La première fois que la Cour de cassation a connu de cette ordonnance, le caractère juridictionnel lui a été attribué. Par un arrêt du 3 février 1883 (112), la chambre criminelle admet que l'ordonnance par laquelle un juge d'instruction se dessaisissait à tort acquiert l'autorité de la chose jugée, si elle n'a pas été attaquée dans le délai fixé par la loi.

En réalité, si la Cour de cassation reconnaît le caractère juridictionnel à cet acte du juge, c'est parce qu'en fait le juge statuait sur sa compétence. Dans l'espèce, le juge, en refusant sa compétence, avait par là-même refusé d'informer.

92. — La Cour de cassation s'est efforcée de veiller à la stricte qualification des ordonnances de dessaisissement. Il ne faut pas que sous l'aspect d'un acte pur d'administration, le juge puisse statuer sur sa compétence. L'ordonnance de compétence est, en effet, un acte juridictionnel qui épuise les pouvoirs du juge.

C'est ainsi que la Cour de cassation a, le 5 janvier 1950 (113), procédé à l'examen d'une ordonnance qualifiée de dessaisissement par le juge. En l'espèce, le juge avait reconnu son incompétence ; aussi la chambre criminelle reconnaissait-elle que l'inculpé avait la faculté d'exercer l'appel réglementé à l'article 135 al. 3 C.I.C. (art. 186 C.P.P.). « Attendu qu'une semblable mesure d'instruction ne saurait être assimilée à un simple acte de dessaisissement en faveur d'une autre juridiction, déjà saisie des mêmes faits ou de faits connexes, mais constitue, au contraire, une décision d'incompétence rendue par les tribunaux de droit commun au profit de la juridiction militaire en raison de la qualité des auteurs des infractions poursuivies. »

Parfois, tout en proclamant le principe de la distinction des deux sortes d'actes, de l'incompétence et du dessaisissement, il arrive à la Cour de cassation de présumer l'incompétence à travers le dessaisissement. Tel était le cas dans un arrêt du 19 mars 1953 (114). Tout en reconnaissant que l'ordonnance de dessaisissement n'est plus un acte d'administration lorsqu'elle tranche une question de compétence, la Cour estime implicitement qu'une telle ordonnance a trait au problème de la compétence.

Cette tendance à reconnaître un certain aspect juridictionnel à l'ordonnance de dessaisissement peut déjà être relevée dans un arrêt du 9 juin 1921 (115). Un juge d'instruction civil procédait à une enquête régulière sur des faits de vols et de recels. Au cours de ses investigations, il apprend que le recel et le vol concernaient des objets militaires. Le juge d'instruction s'est alors dessaisi au profit du juge d'instruction militaire. Pressentant peut-être que cette ordon-

(112) Crim., 3-2-1883, B. 35.

(113) Crim., 5-1-1950, B. 4 ; voir en outre GUYENOT, *op. cit.*, n° 8.

(114) Crim., 19-3-1953, B. 96.

(115) Crim., 9-6-1921, B. 246.

nance n'était pas purement administrative, le juge d'instruction avait pris soin d'en faire la notification au conseil de l'inculpé, ainsi que le prescrivait l'article 10 al. 2 de la loi du 8 décembre 1897. La Cour de cassation n'a pas pris parti sur le caractère de cet acte, en constatant qu'il avait été procédé au formalisme dont la loi entoure les actes juridictionnels. Dès lors, il n'y a pas eu violation des droits de la défense, car l'inculpé avait la faculté d'utiliser les voies de recours pour faire redresser une erreur éventuelle.

93. — Si l'ordonnance de dessaisissement peut être dégagée de toute question relevant de la compétence d'attribution, elle sera à proprement parler un acte d'administration, un acte de pure organisation interne de la justice criminelle (116). De cette considération, la Cour de cassation déduit que cette ordonnance ne possède pas l'autorité de la chose jugée.

Lorsqu'il ne s'agit pas d'une décision juridictionnelle, aucun conflit ne pourra naître de l'opposition à une autre décision juridictionnelle. Notamment cette ordonnance ne pourra pas servir de point de départ à une procédure de règlement de juges. De même, la décision du premier juge dessaisi par cet acte n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, il est possible pour ce magistrat de revenir sur cette décision et de reprendre l'information précédemment abandonnée.

Ces deux conséquences du caractère non juridictionnel de l'ordonnance de dessaisissement sont illustrées par une longue série d'arrêtés, dont le premier a été rendu le 16 juillet 1898 (117). Parmi cette jurisprudence constante, il est intéressant de mettre en relief un arrêt du 17 mars 1949 ainsi que celui du 10 novembre 1954 (118).

Dans l'arrêt du 17 mars 1949, la chambre criminelle rappelle la distinction entre l'ordonnance d'incompétence et celle de dessaisissement. En cas d'incompétence, l'inculpé pourra exercer une voie de recours, procédé qui ne peut être admis pour une ordonnance de dessaisissement. En l'occurrence, le caractère administratif étant démontré, la Cour de cassation déclara, pour cette raison, le pourvoi irrecevable.

Le 10 novembre 1954, la Cour de cassation admet que le juge auteur de l'ordonnance de dessaisissement puisse reprendre valablement l'instruction.

94. — Enfin, la Cour de cassation décide que ces ordonnances n'ont pas à être communiquées au conseil de l'inculpé (119). Un arrêt

(116) En ce sens, VITU, *proc. pénale*, p. 312.

(117) *Crim.*, 16-7-1898, B. 258 ; 4-12-1903, B. 409 ; 14-12-1905, B. 551 ; 25-5-1916, B. 120 ; 10-12-1921, B. 70 ; 6-7-1922, B. 240 ; 28-9-1922, B. 312 ; 22-1-1932, B. 20 ; 3-11-1944, B. 174.

(118) *Crim.*, 17-3-1949, B. 107 ; *Crim.*, 10-11-1954, B. 330. Voir *contra* Nîmes, 25-10-1956 ; J.C.P. 1956.II.9594, note Brouillonnet.

(119) *Crim.*, 11-9-1913, B. 437 ; D. 1918.I.28 ; *Crim.*, 24-3-1921, B. 147.

du 11 septembre 1913 suggérait toutefois quelques remarques à l'annotateur. En effet, l'ordonnance de dessaisissement met fin à la procédure suivie devant le premier juge, tout comme une ordonnance d'incompétence. Toutes deux permettent la reprise d'une procédure par un autre magistrat, d'un lieu différent.

Mais si ce magistrat refusait de mener l'enquête, une situation particulière serait créée. Ainsi se présentait l'affaire soumise à la Cour de cassation le 2 avril 1898 (120). Un juge d'instruction rend une ordonnance de dessaisissement et de transmission de pièces au Parquet d'un autre tribunal également compétent, mais le Parquet de ce lieu refusa de saisir le juge d'instruction. La Cour de cassation, dans cette affaire, répondit qu'aucun règlement de juges n'était possible. En réalité, aucune décision n'était émanée du deuxième magistrat, et la Cour de cassation aurait peut-être statué différemment si, les faits étant connexes, le deuxième juge d'instruction avait, par une ordonnance motivée, refusé d'informer. Ce dernier acte est incontestablement une ordonnance juridictionnelle, puisque le magistrat met fin à ses pouvoirs, avant même d'avoir instruit.

En revanche l'ordonnance administrative de dessaisissement ne tranche pas un droit et concerne uniquement le bon fonctionnement du service public de la justice. Ce peut être une raison d'opportunité ou un motif de meilleure justice qui aura incité le premier juge à se dessaisir au profit d'un collègue plus apte ou plus habile à conduire l'instruction. De cette manière, l'infraction ne cesse pas d'être poursuivie.

Cet arrêt de la Cour de cassation paraît avoir reconnu le caractère juridictionnel à l'ordonnance de dessaisissement, puisque c'est en l'absence de seconde décision que n'a pu être admis un règlement de juges. Cet arrêt présente aussi un intérêt en ce qui concerne le caractère du refus du Parquet. Ce refus de prendre un réquisitoire s'apparente à une décision de classement sans suite (121).

95. — On a coutume de comparer l'ordonnance de non-lieu et le classement sans suite. Si l'ordonnance de non-lieu a un caractère juridictionnel, le classement sans suite n'est qu'une mesure interne d'administration de la justice, essentiellement révisable. Dans ce dernier cas, aucune voie de recours n'est ouverte au plaignant qui estimerait que la justice doit exercer son œuvre. Le seul moyen de faire échec à l'inaction de la partie publique consiste à saisir directement les organes de justice.

Les caractères que l'on dégage habituellement de la décision de classement sans suite, sont ainsi attribués à l'ordonnance de dessai-

(120) Crim., 2-4-1898, B. 146 ; voir dans le même sens, Paris, 4-4-1962 ; J.C.P. 1962.II.11270, note J.-P. Doll.

(121) Voir A. VITU, « Le classement sans suite », *Revue de Science criminelle*, 1947, p. 505 et ss. Cf. GUYENOT, *op. cit.*, n° 5, qui établit la distinction entre ces deux mesures. Voir aussi LAURENT, « Le classement sans suite », *Rec. Droit Pénal*, 1948, p. 97.

sissement. Dans les deux cas, il ne s'agit pas de décision juridictionnelle, aussi l'affaire peut-elle être reprise, et de nouvelles investigations menées (122). Si l'affaire avait été terminée par une ordonnance de non-lieu, de nouvelles recherches n'auraient été possibles que sous certaines conditions, dans l'hypothèse de survenance de charges nouvelles. De plus, seul le ministère public peut solliciter la reprise de l'information, la partie civile n'étant pas admise cette fois à briser l'opposition de la partie publique (123).

En revanche, en cas de classement sans suite, la personne soupçonnée ne possède aucun droit acquis à ce que les poursuites ne soient pas reprises. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juin 1952 (124) : « Le ministère public a le libre examen de l'action publique et il peut mettre cette action en mouvement, même dans le cas où il a d'abord laissé la plainte sans suite, sans être tenu d'attendre la survenance de charges nouvelles. »

Admise sous l'empire du Code d'instruction criminelle, qu'est devenue cette ordonnance avec le Code de procédure pénale ?

96. — D'un point de vue théorique, il convient de noter que le dessaisissement pourra intervenir plus souvent, c'est dans l'hypothèse où deux juges d'instruction appartiennent au même tribunal. Avant le Code de procédure pénale, le ministère public répartissait les procédures entre les différents magistrats. Il s'agissait essentiellement d'une pratique fondée sur le texte même de l'article 61 C.I.C. (125).

Le Code de procédure pénale, dans le dessein d'éliminer les entraves à l'indépendance du juge d'instruction, a introduit une procédure particulière de désignation du magistrat. Aux termes de l'article 83 C.P.P., la répartition des dossiers est effectuée par le président du tribunal. Dans la rédaction issue de la loi du 31 décembre 1957, un droit de critique était ouvert aux parties : l'article 84 C.P.P. permettait une voie de recours au ministère public, à l'inculpé et à la partie civile. Une requête motivée était présentée par les parties au président du tribunal, qui statuait en quelque sorte sur une opposition. Si les parties n'étaient pas satisfaites de la décision du président du tribunal, une voie de réformation leur était présentée sous la forme d'un appel porté devant la chambre d'accusation.

D'une procédure purement administrative, la loi avait fait une matière contentieuse. Cette institution offrait d'autres particularités. L'arrêt de la chambre d'accusation, rendu sur l'appel de la décision du président du tribunal est définitif (art. 84 al. 2 *in fine*). Par

(122) Ainsi en était-il dans l'affaire du 10 novembre 1954 (B. 330).

(123) C'est notamment ce qui a été décidé par les chambres réunies, le 29 janvier 1931 (D.P. 1931.I.89). Actuellement, cette règle figure à l'article 190 C.P.P.

(124) Crim., 6-6-1952, B. 142.

(125) On a souvent présenté cette pratique comme un moyen de pression du représentant du Gouvernement sur le juge d'instruction.

ailleurs, l'article 84 al. 4 dispose que les contestations prévues n'ont pas d'effet suspensif : le juge saisi peut procéder à tous les actes de sa fonction sans que, par la suite, il soit possible d'invoquer leur nullité parce qu'ils auraient été accomplis par un juge irrégulièrement saisi. L'urgence des constatations permettait ainsi de fonder la validité des actes. Cette procédure apparaissait sous un jour particulier : acte d'administration de la justice, elle possédait, néanmoins, des aspects juridictionnels.

97. — L'ordonnance du 23 décembre 1958 a préféré restituer à cette procédure son caractère propre, en supprimant le droit de la partie civile et de l'inculpé. Seul le ministère public conserve le droit de présenter une requête motivée pour obtenir le changement de titulaire. Il n'est pas interdit aux autres parties de solliciter une autre désignation, mais elles devront passer par l'intermédiaire du ministère public. En cas de refus de ce magistrat, il leur sera impossible de briser sa résistance. Le droit d'appel contre la décision du président du tribunal est, également, supprimé.

Le caractère d'acte d'administration de la désignation du juge d'instruction est ainsi pleinement reconnu. C'est d'ailleurs cette attitude que révèle l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1960 (126).

« Les modalités établies par l'article 83 et les alinéas 3 et 4 de l'article 84 C.P.P. relativement au choix du juge d'instruction qui devra informer dans telle ou telle affaire déterminée, lorsqu'il existe plusieurs juges d'instruction au même siège, ou à son remplacement en cas d'empêchement ou de nomination dans un autre poste, constituent des formalités d'ordre administratif qui n'intéressent pas les droits proprement dits de l'accusation ou de la défense et dont les irrégularités ne sauraient constituer une nullité substantielle de la procédure, ni donner ouverture à cassation. Les intérêts éventuels des parties sont suffisamment garantis par la faculté que leur reconnaissent les alinéas 1 et 2 de l'article 84, de présenter requête en vue d'obtenir le dessaisissement du juge d'instruction saisi, au profit d'un autre. »

98. — Le dessaisissement apparaît comme un acte purement administratif. Cette affirmation qui convient parfaitement lorsque deux magistrats appartiennent au même tribunal est-elle vérifiée lorsque les juges dépendent de tribunaux différents ?

Il convient, liminairement, de rappeler que la nouvelle implantation territoriale des tribunaux judiciaires tend à diminuer les conflits. Le ressort de chaque juridiction est plus vaste et, parallèlement, plusieurs juges d'instruction sont attachés au même tribunal.

L'hypothèse du conflit peut se présenter cependant. Comme le Code d'instruction criminelle, le Code de procédure pénale a prévu une procédure de règlement de juges (art. 657 et ss. C.P.P.).

(126) Crim., 5-5-1960, B. 246 ; J.C.P. 1960.II.11735, note Depaule. La même attitude est révélée par Crim., 4-4-1962, B. 161 ; J.C.P. 1962.IV.74.

L'article 657 dispose « lorsque deux juges appartenant à des tribunaux différents se trouvent simultanément saisis de la même infraction, le ministère public peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, requérir l'un des juges de se dessaisir au profit de l'autre ».

Ce n'est que dans l'hypothèse où le conflit de compétence subsisterait qu'il serait nécessaire de recourir à la procédure du règlement de juges. Ainsi, par cet article, se trouve admise l'ordonnance de dessaisissement. Cette ordonnance paraît toutefois avoir perdu son caractère administratif pour devenir un acte de juridiction. En effet, l'ordonnance de dessaisissement doit être rendue sur les réquisitions du ministère public. De plus, si le juge refuse de se dessaisir, un recours sera possible devant la juridiction supérieure, c'est-à-dire soit la chambre d'accusation dans l'hypothèse de deux magistrats appartenant au même ressort judiciaire (art. 658 C.P.P.), soit la chambre criminelle de la Cour de cassation en toute autre hypothèse (art. 660 C.P.P.). Lorsque cette dernière juridiction est saisie, elle statue sur la validité des actes effectués par la juridiction dessaisie (art. 660 C.P.P. *in fine*, rédaction du 4-6-1960). Le Code de procédure pénale a ainsi entendu réglementer de manière précise le dessaisissement pour renforcer la garantie d'une bonne justice. Cet acte de pure administration est susceptible de voies de recours.

99. — Mais la tradition antérieure du Code d'instruction criminelle ne va-t-elle pas tendre à demeurer ? Deux arrêts de la Cour de cassation permettent de mesurer l'incidence de la réforme de 1959.

Le 11 avril 1959 (127), il est affirmé qu'un juge d'instruction ne peut connaître d'une infraction dont un autre juge d'instruction se trouve saisi qu'autant que ce dernier s'est régulièrement dessaisi. En l'espèce, les deux magistrats instructeurs avaient eu entre eux une simple conversation téléphonique, et c'est à la suite de cette circonstance que le deuxième juge avait instruit. En réalité, la procédure ne révélait aucune trace du dessaisissement, et c'est le motif pour lequel la Cour de cassation a annulé la procédure.

Il semble donc que la présence d'une simple ordonnance administrative de dessaisissement eût pu suffire.

Le second arrêt, du 20 octobre 1960 (128), apparaît dans la ligne d'évolution que nous avons essayé de dégager, c'est-à-dire dans le sens du caractère juridictionnel.

Un individu était poursuivi du chef de trafic de stupéfiants devant le juge d'instruction du tribunal de la Seine. Estimant son collègue de Marseille mieux placé pour continuer l'enquête, le juge rend une ordonnance de dessaisissement.

L'inculpé fit appel de cet acte devant la chambre d'accusation, qui, statuant au fond, infirma l'ordonnance du juge. Le procureur général

(127) Crim., 11-4-1959, B. 213.

(128) Crim., 20-10-1960, B. 466.

forma un pourvoi en cassation, en invoquant que la cour d'appel avait considéré à tort comme une ordonnance d'incompétence l'ordonnance de dessaisissement. Normalement, si cet acte est purement administratif, aucune voie de recours ne saurait être exercée et la cour d'appel aurait dû déclarer l'appel irrecevable.

La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ce raisonnement. Envisageant la nature exacte de l'acte, en se fondant sur l'article 657 du C.P.P., elle a rejeté la demande du procureur général. L'ordonnance de dessaisissement prise dans le cas de l'article 657 C.P.P. touchant à la compétence et, d'ailleurs, de nature à porter éventuellement préjudice, est susceptible d'appel (art. 186 C.P.P.).

« Attendu que le juge est saisi d'une procédure et doit poursuivre cette information jusqu'à son terme, sauf le cas où il se reconnaît incompétent, que l'ordonnance visée par l'article 657 C.P.P. qui permet de se dessaisir d'une affaire au profit d'un juge d'instruction d'un autre tribunal pour le motif que ce dernier est saisi de l'affaire ou d'une autre connexe est une ordonnance au sens de l'article 186 qui est susceptible d'appel de la part des parties à qui elle peut faire grief. »

100. — Tandis qu'antérieurement au Code de procédure pénale, il paraissait nécessaire de distinguer selon que le dessaisissement était relatif à la compétence d'attribution ou à la compétence territoriale, ce dernier cas pouvant seul donner lieu à une ordonnance administrative, il semble que maintenant toute ordonnance de dessaisissement puisse aboutir à un conflit de juridictions. La chambre criminelle, par un arrêt du 5 octobre 1961 (129), vient de confirmer la position qu'elle avait adoptée un an auparavant, en admettant le recours de l'inculpé à l'encontre d'une ordonnance de dessaisissement. Même si l'accord entre les magistrats est réalisé, l'inculpé pourra faire valoir ses motifs devant la chambre d'accusation. La seule hypothèse où demeure une ordonnance de dessaisissement à caractère administratif est le cas prévu à l'article 83 C.P.P., lorsque les juges d'instruction appartiennent au même tribunal.

Si l'ordonnance de dessaisissement tend à perdre son caractère administratif, il n'en est pas de même de l'ordonnance de jonction des procédures, qu'aucun élément nouveau n'est venu perturber.

2. — *L'ordonnance de jonction des procédures.*

101. — La jonction des procédures est le procédé par lequel une juridiction décide d'examiner ensemble deux ou plusieurs procédures relatives au même inculpé. Le plus souvent, la connexité des affaires

(129) Crim., 5-10-1961, B. 382. Voir aussi Paris, 4-4-1962 ; J.C.P. 1962.II.12710, note Doll, qui infirme une ordonnance de dessaisissement rendue au profit d'un autre juge non encore saisi. Il en serait différemment si le dessaisissement intervenait de plein droit (cf. Crim., 24-7-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 254 et 255).

incite la juridiction à y recourir. En plus des avantages que cette pratique présente pour la bonne administration de la justice, la personne poursuivie en retire des profits. Au lieu d'être appelée deux ou plusieurs fois devant les tribunaux répressifs, elle répondra en une seule fois de tous les griefs, de tous ses agissements contraires aux lois pénales. Au surplus, du point de vue de la peine qui lui sera appliquée, le principe du non-cumul des peines lui bénéficiera (130). En quelque sorte, sa situation se trouvera améliorée.

Cette affirmation se trouve confirmée par le fait que la disjonction des procédures est considérée comme préjudiciable aux intérêts du prévenu. Malgré le caractère d'acte d'administration judiciaire reconnu par la Cour de cassation à la disjonction des poursuites, le pourvoi en cassation est admis dans la mesure où la disjonction peut porter préjudice à la défense du prévenu (131).

La jonction des poursuites, en revanche, est considérée comme favorable à l'inculpé et ne saurait porter atteinte à ses droits (132). En cette matière, la jurisprudence est fort rare, surtout en ce qui concerne l'ordonnance de jonction rendue par un juge d'instruction.

102. — Un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 13 novembre 1952 (133) peut, cependant, paraître en désaccord avec ce que nous venons d'exposer. Il y est affirmé qu'« une ordonnance tendant à joindre deux procédures, rendue à la suite d'une ordonnance de communication, constitue un acte juridictionnel qui interrompt la prescription ». La disposition finale de l'arrêt permet de comprendre la position de la Cour de cassation. En l'espèce, il s'agissait d'une infraction aux lois sur la presse, où la prescription est de trois mois. C'est le souci répressif qui a décidé de la qualification de l'acte, plus que sa véritable nature juridique. Ce point seul, de l'interruption de la prescription, était d'ailleurs l'unique question posée et il importait peu à la haute juridiction de rechercher la véritable nature de l'acte.

103. — Quelques années plus tard, saisie à titre principal de la nature de l'acte, la Cour de cassation a pu, sans opérer de revirement dans sa jurisprudence, décider que l'ordonnance de jonction constituait un acte d'administration. « La jonction des procédures constitue une mesure d'ordre prise dans l'intérêt de la bonne administration

(130) Voir sur cette question M. DELESTRÉE, « Cumul réel d'infractions » et la thèse de M. GHASSEMI, « Le concours réel d'infractions en droit pénal français contemporain », Paris, 1962 ; LANGLOIS, « Cumul d'infractions et non-cumul des peines », Thèse, Paris, 1952.

(131) Voir à cet égard : Crim., 3-2-1927, B. 37 et 10-1-1946, B. 12. Le premier arrêt est relatif à une procédure menée devant une Cour de justice criminelle dans les colonies, et le second à une affaire correctionnelle.

(132) Crim., 28-5-1921, B. 223. Le rejet du pourvoi a été motivé par la théorie de la peine justifiée.

(133) Crim., 13-11-1952, B. 259.

de la justice et dont le prévenu ne peut se faire grief dès lors qu'elle n'a pu lui porter aucun préjudice » (134).

La position de la Cour de cassation est, au surplus, bien fixée en ce sens en ce qui concerne la jonction des procédures effectuée par une juridiction de jugement (135). Le Code de procédure pénale n'a pas consacré de texte particulier à l'ordonnance de jonction de procédures. Il semble donc que la nature administrative de cet acte doit être maintenue. C'est, d'ailleurs, cet aspect que révèle l'ordonnance de jonction rendue par le président de la cour d'assises avant l'ouverture de la session. L'article 285 C.P.P. lui reconnaît le pouvoir d'ordonner la jonction, soit d'office, soit à la requête du ministère public, lorsque plusieurs arrêts de renvoi ont été rendus contre le même accusé pour des infractions différentes.

Dans le domaine de l'instruction préparatoire, il doit en être de même, et l'ordonnance de jonction des procédures demeure un acte purement administratif. Cette catégorie juridique vient de faire l'objet d'un nouvel essor.

B. — L'EXTENSION DONNÉE PAR LA JURISPRUDENCE RÉCENTE.

104. — Deux arrêts intervenus récemment témoignent de l'existence de plus en plus réelle d'actes de pure administration de la justice. Dans les deux cas, l'effet interruptif de la prescription a été refusé à des actes qui ne révélaient pas le souci de la recherche de la vérité.

— Le 11 avril 1959 (136), le problème suivant était soumis à la chambre criminelle de la Cour de cassation. Une partie civile s'était constituée devant un juge d'instruction. Probablement insatisfaite de l'enquête menée par ce magistrat, elle avait obtenu de la chambre d'accusation qu'il soit procédé à un supplément d'information. Des commissions rogatoires auraient été adressées aux autorités helvétiques, mais aucune trace n'était restée au dossier d'instruction de la transmission de ces commissions rogatoires et, comme il y avait trois ans qu'aucun acte d'instruction n'était intervenu, la chambre d'accusation déclara l'action publique éteinte.

Il en aurait été différemment si la commission rogatoire avait figuré au dossier, puisqu'elle constitue un acte d'instruction. Or, en l'espèce,

(134) Crim., 18-1-1956, B. 70.

(135) Voir notamment Crim., 28-7-1950, B. 222, où la jonction a pu être critiquée parce que les juges ne l'avaient pas motivée. De même, Crim., 13-8-1903, B. 302 et les arrêts cités et, plus récemment, Crim., 23 janvier 1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 41, p. 76 et les références.

(136) Crim., 11-4-1959 ; D. 1960, p. 40 (non publié au Bulletin).

l'acte d'envoi de la commission était absent. Aussi, la Cour de cassation ne pouvait-elle que constater la non-interruption de la prescription. Les demandeurs au pourvoi ont alors fait valoir qu'un acte au moins était intervenu : le changement de titulaire du cabinet d'instruction. La Cour de cassation répondit à cet argument sur les deux plans de la forme et du fond.

Tout d'abord, il fut remarqué qu'il s'agissait d'une demande nouvelle qui ne pouvait être prise en considération. La Cour de cassation aurait pu rejeter cette prétention en alléguant son irrecevabilité. Mais, poussant son examen plus loin, elle estima qu'une telle demande n'était pas fondée. « Les changements de titulaire du cabinet d'instruction, invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation et ne résultant d'aucun document joint au dossier, à les supposer établis, ne constitueraient pas des actes de poursuite ou d'instruction interruptifs de la prescription. »

M. Gollety (137), dans une note sous cet arrêt, montre tout d'abord que la commission rogatoire aurait dû être prouvée par une mention au dossier. Il s'agit bien là d'un acte d'instruction que le juge ne peut accomplir en raison de l'élément international.

105. — Mais le problème le plus important soulevé par cet arrêt concerne la nature de l'acte relatif au changement de titulaire d'un cabinet d'instruction. Pour M. Gollety, cet acte ne peut être un acte d'instruction, car il n'a pas été accompli par le juge. Au fond, la situation est identique à la procédure de désignation du juge d'instruction prévue à l'article 83 C.P.P. Il n'est pas possible, en effet, de dissocier le problème du remplacement du juge d'instruction de celui du choix du juge (138).

Le remplacement constitue seulement une modification, un incident relatif au choix du titulaire du dossier. Nous avons déjà montré, à propos de l'ordonnance de dessaisissement, que cette procédure concernait la bonne administration de la justice. L'acte intervenu dans ces conditions est un acte d'administration, ainsi que l'affirme la Cour de cassation dans un arrêt en date du 5 mars 1960 (139) : « les modalités établies par l'article 83 et les alinéas 3 et 4 de l'article 84 du C.P.P. relativement au choix du juge d'instruction qui devra informer dans telle ou telle affaire déterminée lorsqu'il existe plusieurs juges d'instruction au même siège, ou à son remplacement en cas d'empêchement ou de nomination dans un autre poste, constituent des formalités d'ordre administratif qui n'intéressent pas les droits proprement dits de l'accusation ou de la défense ».

Le simple remplacement du juge d'instruction aboutit en effet à une nouvelle désignation d'un juge d'instruction et, dès lors, le

(137) Note au D. 1960, p. 40.

(138) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 460.

(139) Crim., 5-5-1960, B. 246 ; de même Crim., 4-4-1962 ; J.C.P. 1962.IV.74, *supra*, n° 97.

changement de titulaire n'est qu'une pure formalité administrative, d'ordre interne, n'ayant pu exercer d'influence sur la manifestation de la vérité.

Aucune interruption de la prescription ne peut donc résulter de cet acte.

106. — C'est une solution identique qu'ont rendue les magistrats de la cour d'appel de Paris (140).

Une partie civile avait fait déclencher des poursuites en se constituant devant le juge d'instruction. Ce dernier, après avoir examiné l'affaire, pria la partie civile de se présenter devant lui. Mais l'invitation du juge demeura sans effet, la partie civile ne s'étant jamais présentée. Cependant, le magistrat avait établi un acte intitulé de « non-comparution ». Aucun élément nouveau n'étant intervenu, le juge clôtura son enquête par une ordonnance de non-lieu, sur les réquisitions conformes du ministère public. Aucun acte d'instruction n'avait eu lieu pendant trois ans et l'action publique se trouvait éteinte par le jeu normal de la prescription.

La partie civile se révéla, alors, pour interjeter appel de cette ordonnance. Le seul motif qui pouvait être invoqué pour justifier l'interruption de la prescription et permettre la révision de l'ordonnance du juge était de considérer le document dressé par le juge d'instruction sous la dénomination de « procès-verbal de non-comparution ». La cour d'appel de Paris refusa à cet acte le caractère d'acte d'instruction ou de poursuite, susceptible d'interrompre la prescription.

A l'appui de cette thèse, la cour d'appel de Paris présente plusieurs arguments. Tout d'abord l'acte en question ne portait que la signature du seul juge, alors qu'en général tout acte effectué au cours de l'instruction doit posséder, outre la signature du juge, celle de son greffier. Mais surtout la cour d'appel constate qu'« il s'agit d'une pièce à caractère administratif non prévue par la loi et créée par l'usage afin de permettre au juge d'instruction de justifier de ses diligences ». Dans ces conditions, « un tel écrit n'est pas susceptible de produire d'effet juridique et d'interrompre une prescription ».

Ce deuxième argument présente, à notre avis, le plus grand intérêt, car il s'agit bien là d'un acte de nature administrative. Le juge note que la partie civile n'a pas déféré à son invitation, ce qui d'ailleurs est probablement à l'origine de son détachement de l'affaire. Cet acte ne comporte aucune annexe qui pourrait fournir la preuve de l'envoi de la convocation à la partie civile, et l'appellation même de procès-verbal peut paraître osée.

Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris, en présence du dossier, n'a pu que constater l'absence d'éléments permettant d'admettre une interruption de la prescription.

(140) Paris, 20-6-1959 ; D. 1960, p. 88. Recueil de Droit pénal, 1959, p. 302.

Pour M. Gollety (141) la preuve de la convocation de la partie civile aurait suffi pour interrompre la prescription. Il conviendrait, alors, qu'en cas de non-comparution, le juge d'instruction dresse un acte susceptible d'être un acte d'instruction plus qu'une justification de ses diligences.

107. — Il peut paraître étonnant que la seule décision d'effectuer un acte équivale à sa réalisation. Un simple désir du juge entraînerait, alors, les mêmes résultats qu'un acte effectivement accompli. Un tel artifice de procédure nous semble à la fois inutile et dangereux.

Inutile, car, en définitive, le résultat que l'on désire n'est autre que l'interruption de la prescription. Le moyen juridique à utiliser doit être de considérer cet acte comme un acte de poursuite et non comme un acte d'instruction.

Ce dernier est celui qui a pour but la manifestation de la vérité (art. 81 al. 1 C.P.P.). Dès lors, tout acte qui n'est pas exécuté dans ce dessein ne peut être un acte d'instruction. Mais, pour interrompre la prescription, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'un acte d'instruction, un acte de poursuite produit le même effet.

La nature exacte de cet acte n'a pas été spécialement dégagée. Le plus souvent on se contente d'affirmer que l'acte initial déclenchant l'information judiciaire est un acte de poursuite (réquisitoire introductif d'instance (142)). Le juge d'instruction ne peut donc accomplir des actes de poursuite, car le mot « poursuite » est étroitement associé à « partie publique ».

En réalité, il est possible de considérer que toute décision du juge exerce un effet sur la poursuite dont il est saisi. En ce sens, le juge manifeste l'intérêt qu'il porte à l'affaire. Il ne demeure pas inactif, même si les actes décidés ne donnent pas le résultat escompté. De plus, la prescription se fonde sur l'oubli de l'infraction. Si les organes chargés de veiller à la répression des infractions et à la punition de leurs auteurs ont failli à leur tâche, la prescription doit intervenir.

Mais peut-on dire d'un juge qui a prescrit une mesure d'instruction qu'il a failli à sa mission ? Assurément pas, puisque, précisément, il révèle le souci de mener son enquête au mieux. Le juge d'instruction a réellement poursuivi la répression d'une infraction et si son acte ne peut être qualifié d'instruction, il doit, à tout le moins, être admis au titre d'acte de poursuite (143).

108. — Le détournement de procédure serait également dangereux, en ce qu'il étendrait la notion d'acte d'instruction. La qualifi-

(141) Note au D. 1960, p. 88.

(142) Voir à cet égard, STEFANI, « La primauté du criminel sur le civil », Cours de doctorat, 1953-1954, pp. 113 et 114.

(143) Voir à cet égard, Civ. (2) 27-5-1963 ; Bull. Civ., II, n° 386, p. 289 ; G.P. du 9/12-11-1963.

cation, dans cette hypothèse, intervient au stade des effets recherchés, alors qu'elle doit être effectuée préalablement. La sécurité qu'apporte le droit ne saurait être obtenue qu'à ce prix.

Aussi, sur le plan des principes juridiques, il convient de reconnaître le bien-jugé de l'arrêt de la Cour de Paris. L'acte ne présentant aucune garantie quant à son origine, aucune conséquence juridique ne pouvait en découler. En quelque sorte, ce n'était qu'une simple note justifiant le juge de sa décision de ne pas poursuivre. Il en aurait été probablement autrement si l'acte avait contenu des mentions propres à en assurer l'authenticité : signature du greffier qui aurait dû assister à l'audition, mention de l'envoi de la convocation et récépissé postal. Toutefois, cet acte n'aurait pu être un acte d'instruction, mais un acte de poursuite. En prescrivant l'audition de la partie civile, le juge manifestait son intention de poursuivre l'agissement délictueux.

109. — La possibilité d'invoquer cet acte interruptif serait-elle admise au profit de la partie civile ?

Il est délicat, après avoir consacré le caractère d'acte de poursuite de ce procès-verbal, de lui retirer tout effet au motif que la partie civile ne saurait se prévaloir de sa « propre turpitude ».

D'un point de vue éthique, en effet, la partie civile ne mérite pas, ou ne mérite plus, qu'on s'intéresse à elle. La loi lui avait offert une possibilité dont elle a usé, mais qu'elle a abandonné après avoir déclenché les poursuites. Pourquoi, alors, reconnaître un effet juridique à son abstention, tandis que la mise en marche de la justice avait exigé d'elle une action positive ?

Pour délicat que soit ce problème, il ne paraît pas, pour autant, insoluble. Sans aller jusqu'à invoquer l'adage *nemo auditur*, qui conserve un usage habituel en matière d'obligations civiles (art. 6 du Code civil), il serait possible de rejeter, par analogie, la demande de la partie civile.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que la jurisprudence avait refusé d'admettre l'action d'un inculpé, qui, après avoir sollicité et obtenu sa mise en liberté provisoire, invoquait la nullité de la décision du juge parce qu'elle n'avait pas été communiquée à son conseil (144). La Cour de cassation avait déclaré sa demande irrecevable parce qu'il n'avait aucun intérêt à formuler un recours. Il serait possible d'invoquer ce même principe de procédure. La partie civile n'a plus d'intérêt à agir, car en refusant de se présenter à la convocation du juge, elle a manifesté sa renonciation à son droit de mettre en œuvre la justice. Dès lors, elle ne peut, à nouveau, en obtenir le fonctionnement à son profit. L'arrêt de la cour d'appel de Paris se trouve ainsi parfaitement justifié.

(144) Voir n^{os} 80 et 81.

110. — Une dernière remarque nous est cependant suggérée par l'annotateur du Recueil de droit pénal.

Pour cette personne, l'acte d'instruction, « c'est un acte régulier de l'instruction préparatoire fait par un juge d'instruction recherchant les éléments de l'infraction ». A partir de ce raisonnement, un rapprochement est tenté avec l'hypothèse de l'arrêt du 24 novembre 1955 (145) où un juge d'instruction avait demandé des renseignements à la gendarmerie sans utiliser la forme de la commission rogatoire.

Certes, les deux hypothèses sont étonnantes, en ce que, dans chaque cas, il manquait un élément pour que l'acte soit considéré comme un acte d'instruction. Mais nous estimons, pour notre part, que la catégorie des actes d'administration ne peut être le « ramassis » des actes d'instruction manqués. Réduire cette catégorie à une telle conception, est de plus contraire à la réalité. Nous allons nous efforcer au cours d'une deuxième section, de regrouper les différents traits dégagés pour tenter une définition de l'acte d'administration.

SECTION II

ESSAI D'UNE DEFINITION DE L'ACTE D'ADMINISTRATION

111. — Des actes accomplis par un juge d'instruction n'ont ainsi aucune incidence sur le procès pénal. Ces actes, que le juge exécute parfois nécessairement, possèdent des caractéristiques propres. La spécificité de ces actes amène à rejeter la théorie de l'acte d'instruction manqué. Ce dernier acte qui ne peut exercer son plein effet juridique manifeste déjà une certaine option. Ainsi, dans l'hypothèse du procès-verbal de non-comparution, le juge révèle sa diligence, son activité. Le président de la chambre d'accusation, son supérieur hiérarchique, se rendra compte de son souci de conduire les enquêtes le plus rapidement possible.

Mais cet acte est un véritable acte d'administration et non pas un acte d'instruction auquel manquent certaines formes. Cette dernière conception, loin de justifier le juge d'instruction, permettrait au président de la chambre d'accusation d'apercevoir les négligences du juge d'instruction. Une mesure disciplinaire pourrait même être envisagée pour l'engager à ne pas renouveler ces errements dans l'avenir.

Par ailleurs, envisagé du point de vue de la partie civile, cet acte qui aurait dû interrompre la prescription des deux actions publique et civile, n'a pas atteint son but. La partie lésée par l'infraction subit un préjudice par suite de la maladresse du juge. Dès lors,

(145) Crim., 24-11-1955, B. 520.

il serait concevable qu'elle puisse déclencher une action en responsabilité personnelle du juge fondée sur les articles 505 et suivants du Code de procédure civile. Une telle action pourrait être exercée puisque la prise à partie est admise en cas de faute lourde professionnelle. Le juge a commis, en effet, une faute lourde en laissant l'action publique se prescrire : un avantage considérable est accordé à l'inculpé qui se sait à l'abri d'éventuelles poursuites.

Telles seraient les conséquences qui découleraient du caractère « acte d'instruction manqué » des actes d'administration. L'acte d'administration ne peut être réduit à ce seul aspect négatif. Il possède certaines caractéristiques propres que nous présenterons avant d'étudier ses relations avec l'acte d'instruction.

§ 1. — Les caractères des actes d'administration.

112. — Les actes d'administration, tels qu'ils apparaissent à travers la jurisprudence, présentent deux aspects principaux dont nous tirerons les conséquences.

L'aspect essentiel d'un acte d'administration réside dans le fait que cet acte ne concerne pas les intérêts de la défense. Il s'agit d'un acte neutre par rapport à l'enquête judiciaire : il ne tranche pas un problème de droit, et il n'intéresse pas directement le déroulement de la procédure.

Ainsi, l'ordonnance de dessaisissement règle la bonne organisation au sein de la justice. Les dossiers seront répartis entre les différents juges sans que naisse d'incident contentieux. S'il en survenait un, l'acte statuerait sur la compétence et ce serait une décision juridictionnelle. L'ordonnance de jonction de procédures est destinée à faciliter l'organisation interne de la justice et elle ne peut porter préjudice aux droits de l'inculpé.

La même remarque s'avère exacte à propos de l'ordonnance de soit-communicué. Cet acte a pour but de communiquer le dossier de la procédure au ministère public pour lui permettre d'exercer les droits qui lui sont reconnus par la loi. L'avis — facultatif — du ministère public pourra servir à une meilleure administration de la justice, le juge d'instruction étant mieux à même de remplir son « office » de juge.

Enfin, la commission rogatoire, dans la mesure où elle n'est pas générale, tend à assurer l'exercice de la réaction sociale. Le juge d'instruction ne possède pas toujours les moyens matériels pour procéder à des recherches ou à tels actes. La délégation à une personne mieux placée pour procéder à telle mission servira la bonne administration de la justice (146).

(146) Il est à déplorer certains conseils donnés à des commissaires de police, les incitant à mener leurs enquêtes seuls, quitte à recourir à un juge d'instruction en cas de difficulté qui, par délégation, leur attribuera des pouvoirs de contrainte.

113. — Le deuxième aspect de l'acte d'administration concerne sa forme. Il ne s'agira pas de l'assortir d'un formalisme rigoureux. Toutefois, certaines règles doivent être observées.

Cet acte doit être écrit. On ne saurait concevoir un acte d'administration qui serait purement oral. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, à propos de l'ordonnance de dessaisissement, dans un arrêt du 11 avril 1959 (147). De même, il importe que soit identifié le magistrat qui l'a rendu, le nom du juge d'instruction devra-t-il y figurer ainsi que l'affaire qu'il concerne. La date enfin sera utile pour apporter la preuve des diligences du juge d'instruction.

D'autres formalités pourraient être ajoutées sans qu'elles soient particulièrement utiles à la validité de cet acte.

114. — Quelles vont être les conséquences de l'acte d'administration ? Il est possible d'en discerner deux : la première relative à l'auteur de l'acte, l'autre à l'acte lui-même.

Le fait de n'avoir accompli qu'un acte d'administration n'interdit pas au magistrat de participer au jugement de l'affaire. Le fondement de cette interdiction réside dans le souci du législateur d'assurer aux justiciables une justice équitable. Si un juge a déjà participé à l'instruction d'une affaire, il risque de n'être plus impartial, puisque la connaissance de l'affaire pourrait influencer son jugement. Le juge qui a conclu à l'existence d'une infraction ne se déjugera pas le jour de l'audience, quels que soient les arguments présentés par les défenseurs du prévenu. C'est donc un juge reprochable.

En revanche, l'accomplissement d'un simple acte d'administration ne peut entraîner d'incapacité. C'est ce qu'a décidé la chambre criminelle par un arrêt du 21 mars 1935 (148). L'exécution d'une mission purement administrative ne peut s'opposer à ce que le juge occupe une fonction de jugement. Cette solution, intervenue à propos de la commission rogatoire, peut être étendue à tous les actes d'administration.

Ainsi en serait-il pour un juge qui n'aurait effectué qu'une ordonnance de dessaisissement à l'exclusion de toute autre mesure. Dans ce cas, le juge se trouve dans une situation voisine de l'hypothèse du refus d'informer : il n'a mené aucun acte et refuser d'instruire ne peut équivaloir à un acte positif.

115. — L'acte d'administration n'est soumis à aucun autre contrôle. Puisqu'il ne juge rien, il ne possède pas de caractère juridictionnel (149). De plus, les parties au procès ne peuvent d'aucune manière le critiquer puisqu'il ne peut attenter à leurs droits. Aucune voie de recours n'est possible à son encontre. D'ailleurs, le droit d'appel de l'inculpé est enserré très strictement, et ne se réfère qu'à des actes

(147) *Crim.*, 11-4-1959, B. 213.

(148) *Crim.*, 21-3-1935, B. 35.

(149) Cf. en ce sens, GUYENOT, précité, n° 10, p. 286.

juridictionnels. Même le droit du ministère public ne devrait pas être admis, car l'acte du juge a trait à la bonne administration de la justice, et le juge n'a pu gêner les droits de la partie publique, qui demeurent entiers.

On pourrait également invoquer que, le plus souvent, le juge a effectué un acte d'administration après avoir sollicité l'avis du ministère public. Cet argument ne peut pas être utilisé puisque la Cour de cassation a admis le droit d'appel du procureur de la République contre une ordonnance juridictionnelle du juge d'instruction rendue conformément aux réquisitions fournies (150).

116. — Cependant, jusqu'à l'intervention du Code de procédure pénale, une pratique contraire a été suivie en matière de nullités, du fait de la loi du 8 décembre 1897, qui ne déterminait ce qu'il convenait de faire lorsqu'une nullité venait à être découverte. Le juge, dans cette hypothèse, ne peut continuer son information puisque l'annulation paraît certaine, aussi la Cour de cassation avait indiqué d'utiliser le droit d'appel du ministère public à l'encontre d'une ordonnance de soit-communiqué.

Ce procédé révèle de nombreux défauts. D'une part, l'ordonnance de soit-communiqué, simple acte d'administration, se voit attribuer des effets juridictionnels puisque la juridiction du deuxième degré sera saisie de la procédure à propos de cet acte. En réalité, le ministère public ne se fait pas grief d'une décision du juge, et ce procédé est peu satisfaisant en logique. D'autre part, le but recherché n'est pas la réformation de la décision du juge, mais l'examen du dossier tout entier. La procédure d'appel n'est donc pas limitée par l'effet dévolutif de cette voie de recours, qui n'est pas ouverte à l'inculpé (151).

Ainsi cette procédure ne correspondait pas au caractère d'acte d'administration que revêt l'ordonnance de soit-communiqué, en dehors de l'hypothèse de la proximité de la clôture de l'information. En instaurant une procédure particulière pour la constatation des nullités (art. 171 C.P.P.), le Code de procédure pénale a supprimé cet inconvénient.

117. — En conclusion, l'acte d'administration est une mesure d'ordre intérieur qui ne peut pas porter préjudice aux droits des parties à l'instance. Toutefois, il est permis de se demander si cet acte ne pourrait pas intervenir pour interrompre la prescription de l'action publique.

Prendre une mesure d'ordre implique malgré tout que la justice ne se désintéresse pas de l'affaire. Après avoir été fondée sur l'inertie de l'accusateur public pendant la période révolutionnaire, la prescription repose actuellement sur l'oubli de l'infraction par l'opinion

(150) *Crim.*, 15-11-1956, B. 753.

(151) Voir, à cet égard, *Crim.*, 17-11-1900, B. 340.

publique. Mais la tendance moderne de la jurisprudence est d'admettre de nombreuses causes d'interruption et même d'accepter plusieurs interruptions successives. On a pu remarquer qu'une telle manière de faire aboutissait à méconnaître le sens de la règle (152).

En réalité, la jurisprudence manifeste que le fondement de la prescription réside moins dans l'oubli par l'opinion publique, que dans l'oubli par les organes chargés de la justice.

Si tel est le fondement, l'acte d'administration judiciaire révèle aussi la préoccupation des services de la justice. Dès lors, il serait permis de penser qu'un acte d'administration puisse interrompre le cours de la prescription. A quel titre le pourrait-il ? Il ne semble pas possible de l'admettre au rang d'acte d'instruction (153). La connaissance de l'infraction ou de son auteur ne s'en trouve pas directement facilitée. La qualification d'acte de poursuite pourrait alors être retenue. Lorsque le juge cherche à assurer une bonne administration de la justice, il demeure saisi de l'instance et estime devoir continuer l'enquête. Si l'affaire ne lui paraissait pas mériter des développements complémentaires, il aurait mis fin à la procédure par une ordonnance de non-lieu. En effectuant même un acte d'administration, il n'oublie pas le dossier et entend poursuivre ultérieurement ses investigations.

118. — C'est, d'ailleurs, en ce sens que vient de prendre position la chambre criminelle par un arrêt du 11 octobre 1961 (154). En l'espèce, il s'agissait de poursuites régies par la loi sur la presse, matière où la prescription est acquise par l'écoulement d'un délai de trois mois. Les juges du fond avaient considéré que l'action publique se trouvait éteinte, car le dossier de l'instruction ne contenait que des ordonnances de soit-communiqué et des réquisitoires non suivis d'actes d'instruction. Mais la Cour de cassation devait casser cette décision, en déclarant que les réquisitoires introductif, supplétif et définitif du procureur de la République, ainsi que les ordonnances du juge d'instruction sont des actes de poursuite du seul fait qu'ils existent. La cour d'appel en constatant leur existence ne peut aucunement en apprécier l'utilité ou l'opportunité : elle doit seulement vérifier si, en raison de leur date, ils ont interrompu la prescription.

Ainsi, se trouve affirmé nettement que l'ordonnance de soit-communiqué, acte de pure administration intérieure de la justice, est un acte interruptif de la prescription, en tant qu'acte de poursuite. Cette solution est concevable dans la mesure où cet acte atteste que la justice n'entend pas se désintéresser de telle affaire déterminée.

(152) STEFANI, « La primauté du criminel sur le civil », Cours de doctorat, 1953-1954, p. 120.

(153) Telle est la position de la jurisprudence : Crim., 11-4-1959 ; D. 60, p. 40 et Paris, 20-6-1959 ; D. 1960, p. 88, arrêts analysés précédemment

(154) Crim., 11-10-1961, B. 394. Voir aussi dans un sens extensif, Civ. (2), 27-5-1963 ; G.P. 1963.II.317.

Il n'en est pas ainsi dans les deux affaires précédentes. Dans l'affaire soumise à la Cour de Paris le 20 juin 1959 (155), l'acte n'était pas régulier puisqu'il portait la seule signature du juge, celle du greffier étant omise. Cet acte d'administration aurait suffi à faire preuve des diligences du juge à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques, mais il ne pouvait faire pleine preuve des préoccupations de la justice, car le témoin de régularité qu'est le greffier n'avait pas apposé sa signature sur l'acte.

Quant à l'affaire examinée par la Chambre criminelle le 11 avril 1959 (156), il était normal que le simple changement de titulaire ne puisse interrompre la prescription. Il s'agissait d'une mesure extrinsèque à l'affaire en cours, qui ne pouvait avoir aucune conséquence, du moment que le juge n'avait pas véritablement entendu procéder à l'examen de tel dossier particulier. La simple prise de possession d'un cabinet d'instruction n'attestait pas le souci de la justice de parvenir au plus tôt à une décision sur l'action publique. L'arrêt du 11 octobre 1961 révèle, en revanche, un tel but et c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a déclaré que les actes avaient pu valablement interrompre le cours de la prescription.

119. — L'acte d'administration est en train de rechercher ses véritables contours et les remarques qui précèdent serviront, peut-être, à définir ses caractéristiques propres. Très souvent, jusqu'alors, la jurisprudence avait qualifié d'administratifs certains actes, uniquement pour les opposer aux actes de juridiction. Une telle conception paraît actuellement dépassée. Pour manifester l'autonomie réelle des actes d'administration, nous voudrions tenter de les comparer avec les actes d'instruction.

§ 2. — Comparaison des actes d'administration et des actes d'instruction.

120. — Si l'acte d'administration révèle les diligences de la justice, tout acte d'instruction possède cette caractéristique. En effet, le fait d'accomplir une mesure destinée à révéler la vérité, témoigne de l'intérêt que porte la justice à telle infraction. C'est probablement cet aspect qui a été retenu pour opposer l'acte d'instruction à l'acte de juridiction, le premier n'étant qu'une formalité au service du second.

Cet aspect administratif de l'acte d'instruction permet de comprendre pourquoi ces deux catégories d'actes exercent une influence sur l'interruption de la prescription.

Toutefois, l'acte d'administration est une mesure purement interne, tandis que l'acte d'instruction produit effet à l'égard des tiers.

(155) Paris, 20-6-1959 ; D. 1960.88, note F. Gollety.

(156) Crim., 11-4-1959 ; D. 1960.40, note F. Gollety.

Une perquisition, par exemple, est une mesure de contrainte, à laquelle le juge peut procéder malgré l'opposition du maître des lieux, la saisie d'un objet entraîne la dépossession du propriétaire ou du détenteur de l'objet. Aussi pour assurer des garanties aux justiciables, ces actes de coercition ont été assortis de nombreuses formes.

L'acte d'administration ne pouvant contraindre un tiers, puisqu'il est une simple mesure d'ordre intérieur, ne demandera pas un formalisme aussi complexe. D'ailleurs, l'origine de ces actes provient de la pratique quotidienne des juges. L'acte d'administration s'oppose ainsi à l'acte d'instruction sur le terrain des formes : le premier en est exempt puisqu'il ne peut porter atteinte aux droits des parties.

121. — Cette absence de formes entraîne l'absence de contrôle. Un acte d'administration ne peut faire l'objet d'un examen par la juridiction d'instruction du deuxième degré. Il en est différemment pour un acte d'instruction. Ce contrôle des actes n'intervient pas au moment de leur exécution, puisque l'inculpé ne peut critiquer directement devant la chambre d'accusation un acte atteint d'irrégularités. Il n'empêche que la chambre d'accusation saisie après la clôture d'une procédure par le juge d'instruction peut, et même doit, examiner la régularité des actes accomplis. De plus, en cas d'omission ou de manques, la chambre d'accusation dispose du droit d'ordonner tout acte d'instruction qui se révélerait nécessaire.

Il n'en est pas de même pour un acte d'administration. La juridiction du deuxième degré ne peut intervenir pour le modifier. L'intérêt même de la bonne administration de la justice s'oppose à tout exercice d'un contrôle. C'est la raison pour laquelle nous estimons erronée la pratique suivie sous l'empire du Code d'instruction criminelle en vue de faire prononcer la nullité de certains actes. L'ordonnance de soit-communiqué n'était pas critiquée en elle-même, elle était un moyen destiné à permettre un examen des actes en cours de procédure.

En matière d'administration, la liberté du juge peut être totale, elle ne nuira à personne. La solution inverse doit être adoptée pour les mesures d'instruction. Le formalisme et les contrôles doivent être accrus pour éviter le règne de l'arbitraire et du pouvoir discrétionnaire (157).

122. — Ces quelques brèves remarques permettent de situer les actes d'administration par rapport aux actes d'instruction. L'absence de formes se justifie par le fait que les actes d'administration, à la différence des actes d'instruction, ne peuvent jamais faire grief à l'inculpé, puisqu'ils n'ont pas pour objet la manifestation de la vérité. Mais tous deux attestent le souci de la justice de ne pas se désintéresser d'une affaire précise, et c'est la raison pour laquelle, à bon droit,

(157) Voir, à cet égard, les remarques de M. LEVASSEUR, *Rev. Sc. Crim.*, 1961, p. 83

la Cour de cassation reconnaît qu'ils possèdent le même effet interruptif de la prescription.

L'activité du juge d'instruction est la cause directe de ce résultat. Mais il est évident que le nombre des actes d'administration sera toujours inférieur à celui des actes d'instruction qui constituent la mission principale du juge. Parmi ces derniers, il en est qui sont destinés à faire comparaître l'inculpé par la force. Ces actes sont dénommés mandats et paraissent décernés à raison de la qualité de juge de leur auteur. Posant des problèmes nouveaux, il importe d'en entreprendre l'étude.

CHAPITRE II

Les mandats.

123. — Les mandats du juge d'instruction constituent une matière complexe. Il s'agit là de mesures graves, attentatoires à la liberté individuelle. Par un mandat de dépôt, le juge contraint un individu à se rendre dans une prison, tandis que lui-même poursuit ses investigations (1). Selon les conceptions politiques de l'époque, la détention peut apparaître comme une mesure exceptionnelle qu'il importe de réserver à des hypothèses particulières.

Faustin Hélie (2) montre bien que l'arrestation d'un individu est l'acte le plus important de l'instruction préalable. Placer un individu en état de détention, c'est faire peser sur lui une présomption de culpabilité. A Rome, en principe, l'inculpé était détenu tant que durait l'instruction. Dans notre ancien droit, la situation était identique. Le juge disposait de trois sortes de décret, mais le décret de prise de corps était utilisé le plus souvent. Muyart de Vouglans expliquait cet état de fait en remarquant que la plupart des peines étaient afflictives et infamantes.

Ces décrets ne pouvaient être pris par le juge qu'après avoir obtenu les conclusions du procureur et après avoir examiné les preuves (art. 1^{er} du Titre X de l'ord. de 1670). Les auteurs de l'époque fournissent des conseils aux magistrats. Jousse, notamment, leur demandait « d'apporter beaucoup de circonspection et d'user de toute la prudence nécessaire... Ils doivent bien prendre garde de ne pas ren-

(1) Le consentement de l'intéressé n'est pas requis : voir, à cet égard, Crim., 20-11-1963 ; Bull. Crim., n° 326, p. 690.

(2) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1941.

dre légèrement ces sortes de décrets, car la prison est un mal irréparable à cause de sa rigueur et du déshonneur qui y est attaché » (3).

124. — La législation intermédiaire proclama le principe de la liberté (lois de 1791). La détention préalable n'est obligatoire que pour les infractions susceptibles d'entraîner une peine afflictive. Dans l'hypothèse d'une peine infamante, la liberté sous caution pouvait être prononcée. Mais jamais la détention ne pouvait intervenir pour un délit puni d'amende ou d'emprisonnement.

Le Code de Brumaire An IV accrut les hypothèses où la détention était possible, en y incluant certains délits. Une nouvelle espèce de mandat était créée : le mandat de comparution, destiné à faire comparaître le prévenu devant le directeur du jury. Enfin, la loi du 7 Pluviôse An IX autorisait, en cas de flagrant délit, le substitut du commissaire près le tribunal correctionnel, à décerner contre le prévenu un mandat de dépôt. Dans l'esprit de la loi, ce mandat était purement provisoire : il devait permettre au juge de prendre communication des pièces et de se prononcer sur la prévention.

125. — Le Code d'instruction criminelle reconnaîtra au juge d'instruction le pouvoir de décerner des mandats, pour obtenir la comparution de l'inculpé et pour le constituer en état de détention préventive. Ces différents mandats se retrouvent dans le Code de procédure pénale. Mais ce Code, comme son aîné, n'indique pas quelle est la nature de ces actes. Le juge est-il amené à les prendre en vertu de ses attributions de recherche, ou en vertu de sa qualité de juge ? Telle est la question qu'il nous faut résoudre maintenant.

Pour tenter de parvenir à une solution, nous serons amené à envisager les différents actes qui autorisent la détention préventive. Nous en rapprocherons les actes qui y mettent fin et, de cette manière, nous étudierons les demandes de mise en liberté provisoire, qui visent à faire cesser la détention. Une fois que nous aurons montré les différents mandats et les effets qu'ils entraînent, nous serons en mesure de rechercher la nature des actes.

SECTION I

LES DIFFERENTS MANDATS ET LE REGIME DE LA DETENTION PREVENTIVE

126. — Le Code d'instruction criminelle prévoyait quatre mandats : les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt.

Le mandat de comparution comporte le moins de formalités. On a coutume de dire qu'il constitue beaucoup plus une invitation mon-

(3) JOUSSE, Tome II, p 214.

daïne qu'un ordre sanctionné de peines particulières. Il s'agit en effet d'un acte banal par lequel le juge d'instruction demande à une personne de comparaître devant lui. Cet acte est très proche d'une citation à témoin : dans les deux hypothèses le magistrat désire connaître la déclaration de telle personne, et en cas de non-obéissance, le juge peut faire usage de la force en décernant un mandat d'amener (art. 92 C.I.C.). L'article 93 du Code d'instruction criminelle réglementait les formes du mandat de comparution (indication du jour et du lieu où le magistrat désirait entendre l'inculpé). Cet acte devait être notifié à l'intéressé. Lorsque cette personne déférait à la convocation du juge, ce dernier devait aussitôt procéder à l'interrogatoire.

Le mandat d'amener est une mesure contraignante qui est décernée, en principe, à l'encontre d'une personne n'ayant pas répondu au mandat de comparution (art. 91 al. 2 C.I.C.). La contrainte se manifestera, en dehors de la conduite par des agents de la force publique, par le fait que le juge n'est pas tenu d'interroger immédiatement cette personne : il suffit que le juge remplisse son obligation dans les 24 heures. C'est autoriser pendant ce délai la détention de la personne amenée. Mais là s'arrête l'effet de ces deux mandats : ils ont pour but de permettre l'interrogatoire, ils ne peuvent autoriser la détention préventive.

127. — Il en est différemment pour les deux autres mandats : de dépôt et d'arrêt. Il est, en effet, un principe de notre procédure selon lequel la mise en détention ne peut être ordonnée qu'après avoir entendu l'inculpé. Une personne ne peut être emprisonnée si l'on n'a pas vérifié son identité et si l'on n'a pas acquis la conviction de sa participation au fait délictueux. C'est ce qu'exprimait le premier alinéa de l'article 94 C.I.C.

La terminologie du Code d'instruction criminelle ne semblait pas faire de distinction entre les deux mandats d'arrêt et de dépôt : seule une différence de forme existait (article 96 C.I.C. : le mandat d'arrêt doit comporter l'indication du texte de loi applicable). La loi du 4 avril 1855 se contenta d'indiquer, à l'article 94 C.I.C., que le juge peut, après l'interrogatoire, décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt. La confusion entre les deux mandats continue de subsister. Toutefois, cette loi introduit une innovation dans notre procédure, en autorisant le juge à donner main-levée d'un mandat de dépôt ou d'arrêt. Mais la grande loi qui réforma la matière de la détention préventive est celle du 14 juillet 1865. Il est précisé désormais que le mandat de dépôt intervient après l'interrogatoire de l'inculpé, tandis que le mandat d'arrêt se situe plutôt avant l'interrogatoire puisqu'il tend à obtenir la présence de l'inculpé pour y procéder.

Le mandat de dépôt ne se réfère plus au caractère provisoire de la détention, comme c'était le cas dans la loi de Pluviôse An IX. Toutefois ce sens devait être conservé pour le mandat de dépôt que le procureur de la République a la faculté de décerner à l'encontre des

personnes prises en flagrant délit (art. 1^{er} al. 2 de la loi du 20 mai 1863).

Ainsi se trouvent constitués les différents mandats que le juge d'instruction peut être amené à délivrer au cours de l'information, et qui sont énumérés actuellement à l'article 122 du Code de procédure pénale. Avant de procéder à l'étude des différents mandats, il nous paraît nécessaire de donner quelques indications sur la détention préventive (1).

128. — La détention préventive constitue une atteinte grave à la liberté individuelle, puisque, ainsi que le montrait Faustin Hélie (2), elle établit une présomption de culpabilité. Cette institution paraît ainsi contraire à la présomption d'innocence et fait subir à l'intéressé l'équivalent d'une peine. Trois fondements peuvent cependant la justifier : c'est une mesure de sûreté, une garantie d'exécution de la peine et un moyen d'instruction.

En tant que mesure de sûreté, la détention préventive empêchera le délinquant de consommer de nouvelles infractions. La Société n'est pas seulement intéressée par cette mesure, le délinquant lui-même peut en tirer profit. Il arrive, surtout dans l'hypothèse d'un crime ou d'un délit flagrant, que la foule veuille effectuer des actes de lynchage devant la monstruosité des agissements commis. La mise de l'individu en état de détention préventive constituera une mesure de sauvegarde utile.

La détention préventive permet aussi d'assurer l'exécution du jugement définitif : en ce sens elle apparaît comme un moyen de garantir l'exécution des décisions de justice. Il n'est pas nécessaire d'épiloguer longuement pour présenter cet aspect. Une affaire récente témoigne de l'utilité de cette garantie. Lors de la procédure de jugement de l'affaire dénommée « complot des barricades », le Tribunal des forces armées avait décidé de mettre en liberté provisoire la plupart des accusés. Dès le prononcé de cette décision, certains accusés en profitèrent pour fuir à l'étranger. Cette attitude détermina une modification du Code de procédure pénale. Depuis l'ordonnance du 2 février 1961 (n° 61-112), l'alinéa 6 de l'article 142 C.P.P. autorise le ministère public à requérir une assignation à résidence chaque fois qu'un inculpé, prévenu ou accusé d'un crime ou d'un délit contre la sûreté de l'État, est laissé ou mis en liberté provisoire.

129. — Mais la détention préventive n'est pas seulement une sûreté, au sens du droit civil ; elle est, à titre principal, destinée à faciliter la conduite de l'instruction. C'est ainsi qu'à une époque où

(1) Voir F. HÉLIE, *op. cit.* 2^e éd. Tome IV, n° 1948 et ss ; MORIZOT-THIBAUT, « L'instruction préparatoire », pp. 152 à 277 ; CARBONNIER, « Instruction criminelle et Liberté individuelle », Paris, 1937 ; VITU, *op. cit.*, p. 289 et les références citées p. 290 ; BOUZAT et PINATEL, II, 1275 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 496 ; BOUZAT, « La protection de la liberté individuelle durant l'instruction », *Rev. Int. D.P.*, 1953, p. 109.

(2) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1941.

l'avou était absolument nécessaire, la détention était le principe car elle facilitait son obtention. L'encellulement permettait à l'auteur d'une infraction une réflexion que l'on prétendait salulaire. Sans aller jusqu'à cette extrémité, la détention préventive facilite actuellement la procédure d'instruction. La personne détenue se trouve à la disposition du magistrat qui pourra l'interroger à tout moment, sous réserve de respecter le formalisme particulier de cet acte (notamment convocation préalable du conseil et mise à sa disposition de la procédure). La réunion des preuves pourra être accomplie, sans que l'on craigne une disparition de certains objets, ou la confection de faux témoignages.

Mais il importe que cette mesure grave soit limitée par les raisons mêmes qui la fondent. Ainsi le juge ne devra pas laisser en détention un individu dont il n'est pas à craindre qu'il prenne la fuite, s'il présente de sérieuses garanties. Cela peut résulter du fait qu'il possède un domicile ou qu'il exerce une activité professionnelle certaine. Si l'infraction est peu grave, ou s'il n'est pas à craindre une disparition des éléments de preuve, le juge devra, sans tarder, mettre l'inculpé en état de liberté provisoire.

La privation de la liberté est trop importante pour qu'elle soit abandonnée à l'arbitraire des magistrats, aussi le Code de procédure pénale a-t-il réglementé minutieusement les hypothèses où un juge peut décerner un mandat (3).

§ 1. — Les mandats dans le Code de procédure pénale.

130. — Le Code de procédure pénale, dans son article 122, permet au juge d'instruction de délivrer selon les hypothèses un mandat de comparution, un mandat d'amener, un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt.

Le mandat de comparution conserve l'allure générale que lui avait donnée le Code d'instruction criminelle. Il s'agit d'une invitation à comparaître adressée par le juge à un inculpé (4). Le mandat d'amener a le même but, mais il est assorti du pouvoir de contrainte : ce mandat contient en effet l'ordre exprès de conduire devant le juge l'individu qui en est l'objet.

Quelques différences peuvent être relevées entre ces deux actes, différences qui dérivent de la coercition du second. La notification du mandat de comparution peut être effectuée par un huissier, un officier ou un agent de la police judiciaire. Pour le mandat d'amener,

(3) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, 486 et ss. ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1271 et ss.

(4) Le mot inculpé peut sembler mal choisi lorsque le juge d'instruction n'a pas encore interrogé cette personne. C'est au terme de ce premier contact que le juge sera amené à notifier l'inculpation.

la notification ne peut être faite par un huissier. De même, le juge est tenu de procéder à l'interrogatoire au moment fixé par le mandat de comparution, tandis qu'il dispose d'un délai de 24 heures pour l'accomplir, dans l'autre cas (art. 125 al. 1 et 2).

Pour faire respecter ce délai, la loi oblige le chef de l'établissement où s'effectue la détention, le surveillant-chef, à conduire la personne détenue devant le procureur de la République à l'expiration du délai. Il appartient à ce magistrat de requérir immédiatement tout juge d'instruction de procéder à l'interrogatoire (5). Si le surveillant-chef n'agissait pas ainsi, ou s'il continuait à détenir cette personne qu'il aurait dû remettre en liberté, il serait passible des peines des articles 119 et 120 du Code pénal, et cela même s'il pouvait justifier d'un ordre formel du ministère public. Cette détention qui ne repose sur aucun titre juridique est réellement une détention arbitraire. C'est ce que dispose l'article 126 C.P.P. (l'alinéa 2 de cet article rappelle les peines de la détention arbitraire).

131. — Ce souci de ne pas trop porter atteinte aux libertés individuelles avant tout interrogatoire se manifeste également dans l'exécution du mandat d'amener. La loi distingue en effet selon que l'individu a été trouvé à l'intérieur d'une zone de 200 kilomètres du lieu du siège du juge ou au-delà. Le délai de 24 heures pourrait être insuffisant lorsque l'arrestation a été opérée très loin.

Si l'inculpé est trouvé au-delà de 200 kilomètres, il sera conduit devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation (art. 127 C.P.P.). Ce magistrat procédera à un premier interrogatoire qui est normalement de la compétence du juge d'instruction. En réalité, il s'agit d'une interpellation destinée à savoir si l'individu arrêté préfère obtenir son transfert au lieu du siège du juge, auteur du mandat, ou s'il accepte de prolonger les effets du mandat jusqu'à ce que le juge d'instruction ait pris une décision après avoir apprécié les éléments du dossier.

Cette procédure est très curieuse puisque le mandat continue à produire des effets en raison du consentement donné par l'intéressé (6). Il convient de recueillir cette autorisation avec minutie pour qu'elle ne puisse faire l'objet de contestations ultérieures. A notre connaissance, aucun litige n'a été porté devant les tribunaux à ce sujet, bien que le texte actuel de l'article 128 C.P.P. reprenne les dispositions de l'article 5 de la loi du 8 décembre 1897. Il semble

(5) Il s'agit là d'une hypothèse particulière où un juge d'instruction peut accomplir un acte de sa fonction, sans avoir été désigné par le président du tribunal. Il est à noter que ce cas ne peut pas choquer puisque le juge ne doit accomplir qu'un seul acte, et surtout parce que cette mesure est destinée à garantir la liberté individuelle.

(6) Ce consentement fait penser au consentement qui est requis par les autorités policières au cours de l'enquête préliminaire. Dans les deux hypothèses, le consentement facilite l'œuvre des services chargés de la répression. Le consentement empêcherait toute poursuite ultérieure du chef de détention arbitraire.

cependant que le consentement exigé soit un consentement donné en connaissance de cause, ainsi que l'a entendu la jurisprudence à propos de l'enquête préliminaire.

Si l'inculpé ne fournit pas son assentiment, la loi a prévu qu'il serait conduit immédiatement dans la maison d'arrêt du lieu d'arrestation tandis qu'il sera donné connaissance au juge mandant des réponses reçues pour lui permettre de prendre une décision (art. 129 C.P.P.). Il serait peut-être possible d'utiliser une mesure de garde à vue à l'encontre de cet individu. Incontestablement il est suspect, et la police judiciaire pourrait agir en vertu des pouvoirs de l'enquête préliminaire, ce à la demande du procureur de la République.

Les motifs de suspicion sont, dans ce cas, précis puisque le juge d'instruction a estimé utile de décerner un mandat coercitif. Il n'existe pas d'erreur possible sur sa personne, le procureur de la République ayant vérifié l'identité de l'individu. De cette manière, le juge d'instruction disposera d'un délai de 24 heures pour prendre sa décision (7). Mais, le plus souvent, ce procédé ne sera pas employé car le procureur du lieu d'arrestation communique avec le juge mandant par voie téléphonique. La question du transfèrement sera ainsi résolue rapidement et le délai de 24 heures respecté, puisque le temps de transfèrement ne peut l'amputer.

132. — Très souvent, si l'individu est arrêté loin du lieu où se déroule l'instruction, c'est qu'il est en fuite. Mais dans cette hypothèse, le juge ne décerne pas un mandat d'amener mais un mandat d'arrêt. Ce dernier mandat est un acte dont les effets sont beaucoup plus importants. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le juge n'était pas tenu d'interroger la personne arrêtée dans ces conditions dans un délai précis. En quelque sorte cela pouvait se justifier par l'attitude de l'inculpé qui n'avait pas cru utile de déférer aux convocations de la justice. Mais il n'en est plus de même avec le Code de procédure pénale. L'article 133 C.P.P. dispose en effet que l'interrogatoire doit avoir lieu dans les 48 heures de l'incarcération de l'inculpé. A défaut d'y procéder, les dispositions prévues pour le mandat d'amener sont applicables, c'est-à-dire conduite d'office de l'inculpé devant le procureur de la République du lieu de détention, qui pourra requérir de procéder à l'interrogatoire tout juge d'instruction ou même tout autre juge du siège. S'il n'y a pas eu possibilité de l'interroger, la personne arrêtée doit être mise en liberté, sinon elle serait détenue arbitrairement.

Le mandat d'arrêt présente, toutefois, un avantage sur le mandat d'amener, en ce qu'il produit effet au-delà de la clôture de l'instruc-

(7) Notons également que le procédé de la garde à vue peut être compris de manière extensive : pourquoi ne pas admettre des mesures de surveillance ou une assignation à résidence ? La justice conserve la certitude que l'individu n'essaiera pas d'échapper à la sanction éventuelle, tandis que la liberté individuelle ne serait pas trop heurtée.

tion. Si l'individu recherché n'a pas été arrêté au cours de l'information, l'arrestation peut intervenir avant la saisine de la juridiction de jugement, ce qui ne pourrait être légalement accompli en vertu d'un mandat d'amener.

133. — Le mandat d'arrêt constitue, ainsi, un titre régulier de détention : une fois la personne interrogée, il n'est pas nécessaire de délivrer à son encontre un nouveau mandat pour la mettre en état de détention préventive. Cet effet est particulièrement intéressant lorsque le juge a clôturé son instruction au moment de l'arrestation. Le mandat d'amener épuise tous ses effets au moment de l'interrogatoire, et si le juge veut placer une personne en état de détention préventive, il doit décerner un mandat de dépôt.

C'est en raison de cet effet particulier que le mandat d'arrêt comporte une formalité de plus que les autres mandats : le juge d'instruction doit solliciter l'avis du ministère public (art. 131 C.P.P. qui reproduit l'art. 94 al. 2 C.I.C.).

Mais pour que le mandat d'arrêt soit régulier, il importe que l'inculpé soit réellement en fuite, c'est-à-dire que l'on ne sache où le trouver. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 25 janvier 1961 (8). En l'espèce, la chambre criminelle a déclaré nul le mandat d'arrêt requis et délivré alors que le juge savait que l'inculpé était détenu à la maison d'arrêt de Toulouse. L'inculpé ne se trouvait donc pas en fuite et si le magistrat désirait indiquer à cette personne détenue que sa détention avait un motif supplémentaire, il aurait dû délivrer un mandat de dépôt.

134. — Le mandat de dépôt est l'ordre « donné par le juge au surveillant-chef de la maison d'arrêt de recevoir et de détenir l'inculpé » (art. 122 C.P.P.). Ce mandat permettrait un transfèrement et même de rechercher la personne qui se serait évadée. Il s'agit là d'améliorations apportées par le Code de procédure pénale aux dispositions qui existaient antérieurement.

En principe, ce mandat n'est délivré qu'après un interrogatoire (art. 135 C.P.P.). C'est en effet, au vu des déclarations de l'inculpé relativement aux faits reprochés que le juge peut apprécier l'opportunité de le mettre en détention préventive. De cette manière, la loi tend à garantir la liberté individuelle en faisant en sorte qu'avant d'être détenue, une personne ait connu les faits reprochés et ait pu présenter ses moyens de défense. Le juge ne pourrait pas, par exemple, convoquer un témoin et procéder à sa mise en détention sans avoir suivi les formes du premier interrogatoire.

Les deux mandats d'arrêt et de dépôt autorisant une détention légale ne pourront être décernés que dans la mesure où l'infraction

(8) Crim. 25-1-1961, B. 47 ; D. 1961, p. 252, note J.M.R. L'annotateur souligne l'inutilité de deux mandats de recherche dont les effets diffèrent peu, et dont les modalités d'exécution ne sont pas identiques.

commise comporte une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave (art. 131 C.P.P. pour le mandat d'arrêt et art. 135 al. 1^{er} C.P.P. pour le mandat de dépôt). Ces deux mandats pourront donc être décernés uniquement lorsque les conditions de la mise en détention préventive seront réunies.

§ 2. — La détention préventive. (9)

135. — Faustin Hélie soulignait l'importance de la loi du 14 juillet 1865 en ce domaine : avant, la détention était le principe, au cours de l'instruction préparatoire, tandis que, depuis, la situation se trouvait renversée. L'Histoire, cependant, devait se charger de prouver que, malgré tout, la détention demeurerait le principe. Pour réagir contre cet état de fait, les rédacteurs du Code de procédure pénale ont cru utile de mentionner à l'article 137 que « la détention préventive est une mesure exceptionnelle ».

La mise en détention préventive ne doit donc pas intervenir automatiquement : il est nécessaire que le juge ait des présomptions sérieuses que l'inculpé usera de sa liberté, soit pour fuir, soit pour détruire des éléments de preuve.

Toutefois, la détention ne peut être ordonnée pour toute infraction ; il faut, en outre, qu'une peine d'emprisonnement soit encourue par l'inculpé. La détention préventive apparaît ainsi sous son aspect de garantie d'exécution de la peine. Une simple peine d'amende ne peut entraîner la détention, car lors du prononcé du jugement, le temps de la détention subie ne pourrait être imputé sur la peine prononcée. De plus, l'infraction doit être suffisamment grave pour qu'elle ait pu causer quelque trouble dans l'opinion publique.

136. — C'est pourquoi l'article 138 C.P.P. dispose qu'en matière correctionnelle, la détention ne peut être supérieure à cinq jours après la première comparution devant le juge d'instruction lorsque le maximum de la peine prévue par la loi est inférieur à deux ans d'emprisonnement, que l'inculpé est domicilié en France et que son passé judiciaire est peu chargé (il ne faut pas que l'inculpé ait été précédemment condamné pour crime ou pour délit de droit commun à une peine supérieure à trois mois d'emprisonnement prononcée sans sursis) (10).

Cette disposition avait été introduite par la loi du 14 juillet 1865 à l'article 113 C.I.C. qui instituait ainsi une mise en liberté de plein

(9) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, 1275 et ss. ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, 496 et ss. ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, Tome II, n° 826. Sur la distinction entre la détention préventive et l'assignation à résidence, voir Civ. (2), 20-7-1962, Rec. Droit pénal, 1963, p. 284 ; pour l'internement administratif, voir Crim., 8-5-1963 ; G.P. 1963.II.137. Adde, BORNECQUE, « La détention préventive », thèse, Paris, 1942.

(10) Pour l'application de cet article, voir Crim., 27-7-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 250, p. 535.

droit (11). La loi du 7 février 1933 avait tenté d'élargir cette faveur en déclarant que jamais un inculpé, remplissant des conditions identiques à celles prévues à l'article 138 C.P.P., ne pouvait être détenu. Le juge d'instruction pouvait seulement contraindre un individu à comparaître devant lui sans pouvoir le mettre en détention. Mais cette disposition apparut d'une application pratique délicate, car le juge d'instruction ne pouvait demander des extraits de casier judiciaire avant d'avoir vérifié l'identité du délinquant. Aussi la loi du 25 mars 1935 rétablit-elle la situation antérieure, que le décret-loi du 18 novembre 1939 ne modifia pas.

137. — Le champ d'application de cette mise en liberté de plein droit demeurerait assez restreint ; aussi dans un souci de libéralisme, le Code de procédure pénale a-t-il institué une mise en liberté de plein droit, à l'échéance d'un délai de quatre mois (art. 139 C.P.P.).

Cette institution, en réalité, n'est pas nouvelle. Dès le début du siècle il était demandé que soit instauré un système de « mandats à échéances » (12). La loi du 7 février 1933 avait prévu que la détention en matière correctionnelle et criminelle n'excéderait pas cinq jours, à moins que le juge ne la prolonge par ordonnance motivée pour une période de quinze jours. Si un nouveau délai était nécessaire, la chambre du conseil intervenait et pouvait décider des prolongations d'un mois chacune (art. 113 et 114 C.I.C.) (13). La loi du 25 mars 1935 apporta quelques correctifs à ce mécanisme ingénieux, mais lourd. La liberté de plein droit était acquise au bout de quinze jours, à moins que le juge ne prolonge la détention pour une nouvelle période d'un mois. De nouvelles prolongations étaient possibles.

Ces dispositions étaient heureuses, en ce qu'elles incitaient les magistrats instructeurs à accélérer leurs investigations, et surtout à prendre conscience régulièrement de la nécessité et de l'opportunité du maintien en détention. Le décret-loi de 1939 supprima totalement ce mécanisme, et il fallut attendre le Code de procédure pénale pour que soit réintroduit dans notre procédure le principe de la détention limitée.

La première rédaction du Code avait retenu un délai de deux mois. Une ordonnance du 13 février 1960, motivée par des événements politiques, devait porter le délai à trois mois pour les infractions relatives à la sûreté de l'Etat. Ce dernier texte devait avoir une existence éphémère puisque l'ordonnance du 4 juin 1960 fixait désormais la durée de la détention préventive à quatre mois. Il était apparu, en

(11) A cette époque, la liberté était accordée au bout de cinq jours, lorsque l'inculpé n'avait pas été condamné antérieurement à une peine d'emprisonnement de plus d'un an. Il convient de noter que la loi Béranger n'avait pas encore institué le sursis et les juges prononçaient souvent des peines de courte durée.

(12) L'expression a été inaugurée par LE POITTEVIN (*Rev. pénitentiaire*, 1901, p. 233). Voir aussi GARRAUD, Tome III, n° 860.

(13) La chambre du conseil, malgré sa dénomination, était une juridiction à juge unique.

effet, que le délai de deux mois était trop bref pour permettre à un juge d'instruction de résoudre une affaire courante. Sur les suggestions du barreau, la commission d'études pénales législatives chargée de préparer la réforme adopta le délai de quatre mois (13 bis).

138. — Néanmoins, si, au-delà de ce temps, le magistrat instructeur désirait prolonger les effets du mandat, il doit rendre une ordonnance motivée d'après les éléments de la procédure, après avoir obtenu les réquisitions motivées du procureur de la République. Dans ce cas une nouvelle période de détention de quatre mois commence (14).

Bien que l'article 139 C.P.P. ait pris soin de préciser que l'ordonnance du juge devait être spécialement motivée, il semble cependant que la pratique se contente d'une motivation générale, non spécifique à l'espèce.

La mise en liberté de plein droit paraît ainsi assez limitée puisqu'un inculpé peut rester en détention durant quatre mois. Toutefois, la liberté individuelle ne se trouve pas trop compromise dans la mesure où le détenu peut, à tout moment, présenter au juge une demande de mise en liberté provisoire. Le législateur n'a pas voulu imposer la mise en liberté d'office trop souvent, il a préféré laisser le juge libre d'apprécier l'opportunité d'une mise en liberté.

139. — Le Code d'instruction criminelle de 1808 n'autorisait pas la mise en liberté lorsque la peine prévue était afflictive ou infamante. En matière criminelle, aucune mise en liberté provisoire n'était possible, et même en matière correctionnelle, la loi était assez restrictive (15). C'est la loi du 14 juillet 1865 qui accrut le domaine de cette institution.

D'une part, l'article 94 C.I.C. autorisait le juge d'instruction à donner main-levée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt. D'autre part — et principalement — l'article 113 al. 2 permettait au juge d'instruction, sur la demande de l'inculpé, d'ordonner la mise en liberté

(13 bis) En matière de sûreté de l'Etat, la détention préventive n'a pas de durée limitée (cf. art. 22 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

(14) La durée de la détention préventive doit être calculée de date à date pour déterminer le jour où doit être rendue une décision de prolongation. Voir *Crim.*, 23-2-1961, B. 119 ; *Crim.*, 17-1-1963 ; D. 1963, p. 244, note P.J.D.

Pour l'application dans le temps des rédactions successives de l'article 139 C.P.P., voir *Crim.*, 20-3-1961 (B. 177), J.C.P. 1961.II.12142 et chronique CHAMBON, J.C.P. 1961.I.1627.

Dans l'affaire soumise à la chambre criminelle, un juge d'instruction avait prolongé la détention d'un inculpé pour une nouvelle période de deux mois. Avant l'arrivée de cette échéance, le texte de l'article 139 C.P.P. avait porté le délai à quatre mois. Le juge d'instruction avait cru qu'il pouvait attendre l'écoulement de ce nouveau délai avant de rendre une nouvelle ordonnance de prolongation de la détention. Sur pourvoi de l'inculpé, la Cour de cassation annula la confirmation donnée par la chambre d'accusation, en affirmant que le juge d'instruction désireux de prolonger une détention doit l'ordonner à partir de la date à laquelle expire le délai précédemment fixé par lui.

(15) L'article 115 C.I.C. (rédaction de 1808) excluait la liberté provisoire pour les vagabonds et les repris de justice. Dans les autres cas, elle était subordonnée à la fourniture d'une caution solvable.

provisoire de l'inculpé. Ce dernier devait seulement prendre l'engagement de se présenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis.

L'apport considérable de ce texte consiste en ce que l'inculpé peut demander sa mise en liberté, sans qu'il soit nécessaire de fournir une caution solvable (l'article 114 C.I.C. en fait une faculté à la discrétion du magistrat instructeur). La loi du 7 février 1933, déjà très libérale, facilita la mise en liberté provisoire d'office (art. 115 C.I.C.), mais la loi du 25 mars 1935 rétablit la situation antérieure, que le décret-loi de 1939 n'aggrava pas.

140. — Le Code de procédure pénale reprend cette institution de la mise en liberté provisoire dans ses articles 140 et 141, sans y apporter de modifications sensibles (15 *bis*).

Le juge peut ordonner, d'office, la mise en liberté, à charge par l'inculpé de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure, aussitôt qu'il en sera requis, et d'informer le magistrat instructeur de tous ses déplacements (art. 140 al. 1 C.P.P.).

L'initiative de la mise en liberté provisoire peut provenir également du ministère public et de l'inculpé. Le ministère public agira par voie de réquisitions sollicitant la mise en liberté, et le juge d'instruction est tenu de statuer dans les cinq jours de ces réquisitions (art. 140 al. 2 C.P.P.). L'inculpé ou son conseil dispose du même droit : à tout moment une demande de mise en liberté provisoire peut être adressée au juge d'instruction (art. 141 C.P.P.). Il suffit que l'inculpé prenne l'engagement de se présenter aux actes de la procédure et d'avertir le juge de ses déplacements. Saisi d'une telle demande, le juge la communiquera au procureur de la République afin d'en obtenir les réquisitions. La partie civile sera également prévenue de cette demande pour formuler ses observations, bien que, depuis la loi du 26 juillet 1955, elle ne puisse plus faire appel de la décision du magistrat instructeur.

Cette décision du juge doit intervenir dans les cinq jours de la communication au procureur, et au moins 48 heures après l'avis donné à la partie civile. L'ordonnance du juge devra être spécialement motivée, ce qui facilitera l'examen de la chambre d'accusation si une voie de recours est exercée.

Chaque fois que la liberté provisoire n'est pas accordée de plein droit, le juge peut l'assortir d'une obligation de verser un cautionnement. Cette faculté est précisée à l'article 145 C.P.P., qui détermine l'ordre de répartition de ce cautionnement (16). L'article 146

(15 *bis*) Voir toutefois en matière de sûreté de l'Etat, les articles 22 et 29, al. 5, de la loi 63-23 du 15 janvier 1963.

(16) Le cautionnement est divisé en deux parties : la première est destinée à sanctionner l'obligation de représentation aux actes de la procédure (l'obligation de faire se résout en cas d'inexécution en une créance de somme d'argent), et la seconde garantit le paiement des frais avancés par la partie civile, ceux faits par la partie publique, puis les amendes, les restitutions et les dommages-intérêts.

C.P.P. mentionne les différentes modalités selon lesquelles l'inculpé peut fournir ce cautionnement (17).

En outre, l'inculpé est tenu de faire élection de domicile au lieu où se poursuit la procédure d'instruction, de telle manière que le juge puisse lui faire parvenir les différentes notifications (art. 144 C.P.P.).

Comme son nom l'indique, cette mise en liberté revêt un caractère provisoire ; c'est-à-dire si la détention apparaît à nouveau nécessaire, le juge a la faculté de décerner un nouveau mandat (art. 144 al. 2 C.P.P.). Mais il importe, là encore, que les magistrats n'abusent pas de la détention et se conforment à l'esprit du Code de procédure pénale.

141. — Une disposition, toutefois, a disparu dans le Code de procédure pénale : l'article 94 C.I.C. accordait au juge d'instruction la faculté d'ordonner la main-levée d'un mandat de dépôt ou d'arrêt. Certains auteurs estiment que le juge pourrait encore l'utiliser. A vrai dire, cette institution ne se justifie plus. Le juge d'instruction dispose de la faculté d'ordonner d'office la mise en liberté provisoire (art. 140 al. 1 C.P.P.), et cette disposition est plus favorable que l'ancienne, puisque les réquisitions conformes du procureur de la République ne sont pas exigées. De plus, si le juge estime que l'inculpation ne doit pas être maintenue, il peut rendre, en cours d'instruction, une ordonnance de non-lieu partiel : l'inculpé se trouvera ainsi écarté des liens de la prévention, sans que le juge soit dessaisi de l'affaire. Ces deux moyens nouveaux mis à la disposition du juge témoignent de l'inutilité du maintien d'une procédure de main-levée.

Ainsi se présente, actuellement, le domaine de la détention préventive dont l'exposé un peu trop descriptif était cependant nécessaire pour la détermination de la nature des actes que le juge effectue en cette hypothèse.

SECTION II

LA NATURE JURIDIQUE DES MANDATS DU JUGE D'INSTRUCTION

142. — Il est généralement admis que le juge d'instruction a la possibilité de décerner des mandats, de la même manière qu'il pres-

(17) Prévu initialement comme une garantie personnelle en 1808, le cautionnement apparaît, dans le Code de procédure pénale, comme une garantie réelle, pécuniaire. Si l'inculpé ne se présente pas à une convocation ultérieure du juge d'instruction, une partie du cautionnement sera acquise définitivement au Trésor (art. 147 C.P.P.).

crit une perquisition ou une saisie (18). Dans les deux hypothèses, une mesure de contrainte est exercée, qui porte soit sur les choses, soit sur les personnes. Dans cette conception, les mandats du juge d'instruction apparaissent comme des actes d'instruction : l'instruction sera facilitée par la mise à la disposition du juge de la personne même de l'inculpé.

Toutefois cette assimilation ne paraît pas satisfaisante : entre la privation de l'exercice d'un droit sur une chose, et la privation d'un droit essentiel de la personne humaine, il n'y a pas commune mesure. Et cela, d'autant plus qu'il est un principe fondamental de nos institutions que nul ne peut être détenu s'il n'a été légalement condamné. Dans ces conditions, un doute naît sur la qualification d'acte d'instruction, qui n'a pas échappé à la doctrine criminaliste.

Déjà Garraud montrait que le formalisme du mandat d'arrêt faisait songer beaucoup plus à un acte de juridiction qu'à un acte d'instruction (19). Cette opinion est aujourd'hui partagée par certains auteurs. M. Escande, en refusant le caractère d'actes de juridiction aux mandats, reconnaît toutefois qu'il s'agit d'actes judiciaires (20). C'est une opinion voisine que soutiennent MM. Stefani et Levasseur : « Les mandats sont des actes d'instruction ; toutefois, les plus graves d'entre eux se rapprochent sensiblement des actes de juridiction puisqu'ils peuvent donner lieu à une demande de mise en liberté qui aboutit à une décision juridictionnelle » (21).

Le problème n'est donc pas simple. Pour tenter d'y apporter une solution, nous nous appuierons sur les observations déjà relevées, en distinguant les deux catégories de mandats : d'un côté ceux qui ont pour objet d'aboutir à l'exécution d'un acte d'instruction, et d'un autre ceux qui établissent l'inculpé en état de détention préventive.

Les effets différents de ces mandats, la contrainte exercée et la durée de la privation de liberté, nous semblent justifier cette distinction.

§ 1. — Les mandats qui se résolvent dans l'exécution d'un acte d'instruction.

143. — Parmi les différents mandats à la disposition du juge d'instruction, le mandat de comparution et le mandat d'amener tendent uniquement à l'exécution d'un acte d'instruction.

Le mandat de comparution, en effet, invite l'inculpé à comparaître devant le juge, sans qu'aucune contrainte ne soit exercée. Le juge, de cette manière, pourra procéder à un interrogatoire.

(18) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 415 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, Tome II, n° 1271 ; DONNEDIEU de VABRES, n° 1282.

(19) GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 839.

(20) ESCANDE, « Jurisclasseur de procédure pénale », art. 122 à 136, n°s 23 à 25.

(21) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 667 ; 3^e éd. II, n° 485.

En principe, cet acte est signifié par ministère d'huissier, mais, il peut arriver qu'il soit seulement notifié par l'intermédiaire d'un agent ou d'un officier de police judiciaire. Cette invitation à comparaître constitue un acte interruptif de la prescription. C'est d'ailleurs ce qu'il est possible de déduire d'un arrêt du 28 août 1913 (22), où la chambre criminelle refuse l'effet interruptif à une simple invitation administrative à comparaître (23).

Un arrêt de la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé expressément qu'un mandat de comparution décerné contre un inculpé constituait un acte d'instruction susceptible d'interrompre la prescription (24), tout comme le ferait une ordonnance de cédule à témoin (25). Ces actes, en effet, tendent véritablement à constater les infractions, à en découvrir ou à en convaincre les auteurs. Le mandat de comparution amène nécessairement l'interrogatoire de l'inculpé, et il est possible de dire qu'il s'agit d'un véritable acte d'instruction.

144. — La situation est identique pour le mandat d'amener. Bien que cet acte possède un formalisme plus grand, il aboutit au même résultat de permettre l'interrogatoire de l'inculpé. L'exécution forcée de cet acte est la cause des formes supplémentaires en vue de garantir les individus. Ainsi le mandat d'amener doit comporter, comme un mandat de dépôt ou d'arrêt, la nature de l'inculpation, ainsi que les articles de loi applicables (art. 123 al. 2 C.P.P.). Mais la contrainte ne modifie pas l'effet du mandat qui assure la présence de l'inculpé devant le juge d'instruction.

Si une détention est possible, elle ne peut dépasser une durée de vingt-quatre heures, délai qui est identique au délai le plus bref de la garde à vue. De plus cette détention est le résultat d'une nécessité: le juge, en effet, ignore à quel moment la personne sera conduite devant lui et il ne peut, au préalable, prévoir un moment pour cet interrogatoire.

145. — L'interrogatoire accompli, l'effet du mandat est terminé. Si le juge estime qu'une détention s'avère nécessaire, il devra décerner un mandat de dépôt. Bien que le mandat d'amener comporte une certaine contrainte, il est possible d'affirmer qu'il s'agit toujours d'un acte d'instruction. Outre qu'il se résout nécessairement par l'exécution d'un interrogatoire, il convient de remarquer que le juge dispose de moyens de contrainte, notamment dans l'exercice d'une perquisition. Le juge, en pareille hypothèse, peut pénétrer dans le domicile d'un citoyen malgré l'opposition de celui-ci et cet acte est véri-

(22) Crim., 28-8-1913, B. 429.

(23) Il en serait de même pour la convocation d'un témoin par la voie administrative; cet acte ne peut ni interrompre la prescription, ni permettre l'utilisation d'une mesure de contrainte.

(24) Crim., 21-6-1918, B. 139.

(25) Crim., 13-11-1952, B. 259; G.P. 1953.I.156 et Chambon, G.P. 1953.I. Doc. 21.

tablement un acte d'instruction, sans aucun caractère juridictionnel. Il en va de même pour un mandat d'amener (26).

Les deux mandats de comparution et d'amener possèdent le caractère d'actes d'instruction. Ils permettent l'accomplissement d'un acte indispensable à la procédure et ils facilitent la manifestation de la vérité. Il n'en sera peut-être pas de même des mandats et des actes qui ont trait à la détention préventive, car la manifestation de la vérité sera un but bien indirect.

§ 2. — Les mandats établissant la mise en détention préventive.

146. — Deux mandats permettent au juge de placer un individu en état de détention préventive : le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt.

Le mandat de dépôt est, généralement, considéré comme un acte d'instruction tandis que le mandat d'arrêt manifesterait un autre aspect. Ce dernier acte, en effet, ne peut être décerné par le juge qu'après avoir sollicité les réquisitions du ministère public (art. 131 C.P.P.).

Ce dernier mandat ne peut, à la vérité, être admis comme un acte d'instruction. En effet, s'il est délivré, c'est parce que le juge est dans l'impossibilité d'accomplir l'interrogatoire par suite de la fuite de l'inculpé. Cependant le juge n'est pas gêné pour la conduite de la procédure : non seulement il pourra la continuer, mais aussi il pourra la clôturer.

Le mandat d'arrêt révèle ainsi une nature particulière : il ne tend pas uniquement à la recherche de l'inculpé pour permettre l'interrogatoire, c'est aussi un moyen de garantir l'exécution de la sentence à venir. Dans ce fondement réside, peut-être, l'effet particulier du mandat d'arrêt qui peut être exécuté après la clôture de l'instruction.

De plus, le mandat d'arrêt produit aussi un autre effet : la jurisprudence (27), en effet, a estimé que ce mandat valait interrogatoire pour permettre la clôture de l'instruction. En l'absence de cette possibilité, le juge d'instruction se serait trouvé enfermé dans ce dilemme : ou bien il met fin à sa procédure et celle-ci serait irrégulière, ou bien il est tenu de conserver le dossier jusqu'à ce que l'inculpé puisse être arrêté.

La délivrance d'un mandat d'arrêt supplée donc l'absence d'interrogatoire et l'on peut dire que la fuite de l'inculpé est assimilée, en quelque sorte, à un aveu implicite de culpabilité. Nous noterons que

(26) Notons que le mandat d'amener est interruptif de la prescription : Crim., 19-11-1887 ; D. 1888.I.191, S. 1888.I.139.

(27) Voir notamment Crim., 8-4-1892 ; D.P. 1893.I.302 ; Crim., 3-1-1891 ; D.P. 1891.I.447 ; cf. art. 6 du Titre IV du règlement du 28 juin 1738 relatif aux pourvois en cassation ; en outre, *infra*, n° 513.

la jurisprudence a toujours fait un sort défavorable à la personne en fuite, en lui refusant certaines garanties (28).

En dehors de ces effets particuliers au mandat d'arrêt, il importe de constater que mandat de dépôt et mandat d'arrêt ont le même effet principal de mettre un inculpé en état de détention préventive.

147. — Si la détention préventive est considérée sous son aspect de faciliter le déroulement de l'instruction, il apparaît que les mandats de mise en détention sont de véritables actes d'instruction. Ils ont été délivrés par un juge d'instruction qui a été libre d'apprécier l'opportunité d'une telle mesure (29).

Cependant, il ne nous semble pas que la mise en détention corresponde au but des actes d'instruction qui est la manifestation de la vérité (art. 81 al. 1 C.P.P.). En effet, il ne serait pas logique, dès lors, de distinguer pour l'admission de la détention selon que l'infraction encourue emporte ou non une peine supérieure à deux ans d'emprisonnement. Le peu de rigueur de la sanction ne fait pas présumer une recherche des preuves plus facile, ni une nocivité moins grande du délinquant (30).

Le juge d'instruction, au demeurant, ne prend pas toujours sa décision en fonction des risques de fuite de l'inculpé ou de disparition des preuves.

Il nous semble alors que les mandats relatifs à la détention doivent être considérés comme des actes de juridiction. M. Escande, cependant, leur dénie ce caractère au motif que ces actes ne sont pas susceptibles d'une voie de recours (31). Cet argument ne paraît pas pleinement décisif, puisque de nombreux actes juridictionnels du juge d'instruction sont insusceptibles de voie de recours, sans que leur caractère juridictionnel puisse être mis en doute.

148. — C'est uniquement en raison de la gravité de la décision prise par le juge qu'il convient de reconnaître le caractère juridic-

(28) Ainsi un arrêt du 8-9-1887 (B. 335) estime qu'aucun vice de procédure ne peut résulter de ce que le juge n'ait pas prévenu un inculpé en fuite de l'ordonnance de transmission de pièces.

La faculté de présenter des moyens préjudiciels par l'intermédiaire d'un mandataire n'a été déclarée applicable qu'aux « inculpés qui se tiennent à la disposition de la justice » (Crim. 4-8-1921 ; D.P. 1923.I.233).

La communication des ordonnances du juge d'instruction ne peut être faite qu'au profit des inculpés qui défèrent aux convocations de la justice (Crim., 4-1-1951, B. 11 et Crim., 13-10-1955, B. 404). On peut évoquer aussi l'hypothèse d'une partie civile qui se désintéresse de l'action de la justice (Paris, 20-6-59 ; D. 1960, p. 88). Voir aussi Crim., 21-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.25.

La justice n'accorde de garanties qu'à ceux qui se soumettent à ses règles.

(29) Bien que le juge soit tenu de solliciter les réquisitions du ministère public avant de décerner un mandat d'arrêt (art. 131 C.P.P.), il n'est pas précisé que les réquisitions du procureur de la République doivent être conformes. Voir sur le pouvoir souverain du juge d'autoriser la détention préventive : Crim., 25-6-1964 ; J.C.P. 1964.IV.114.

(30) Voir à cet égard les doutes de M. STEFANI in « L'acte d'instruction », Mélanges Hugueney, p. 135, n° 3.

tionnel aux mandats relatifs à la détention. En privant, en effet, de sa liberté un individu qui sera peut-être reconnu innocent, la mise en détention se heurte à la présomption d'innocence qui joue en faveur de tout inculpé.

D'ailleurs, si une juridiction de jugement était amenée à reconnaître la culpabilité et à infliger une peine, elle doit tenir compte du temps effectivement passé en état de détention préventive. Aux termes de l'article 24 du Code pénal, la durée de la détention préventive doit être imputée sur la peine prononcée. Si la juridiction de jugement estime ne pas devoir accorder le bénéfice de cette disposition, elle devra l'indiquer expressément dans sa décision, c'est-à-dire qu'en définitive elle manifeste son intention d'attribuer une peine plus longue que celle nominalement indiquée.

Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que la détention préventive équivaut à l'exécution d'une peine privative de liberté antérieurement au jugement qui l'ordonne (32). Une telle sanction, bien qu'elle soit laissée à l'appréciation du magistrat instructeur, ne peut intervenir que par une décision juridictionnelle. D'ailleurs, n'est-il pas significatif que les mesures de garde à vue ne puissent pas s'imputer sur la peine prononcée, tandis que toute détention préventive, fût-elle de cinq jours, diminue d'autant la durée de la peine.

C'est que la garde à vue est une mesure provisoire, nécessaire directement à un acte d'instruction : elle permet la vérification des déclarations d'un témoin, ou de corroborer des indices de suspicion révélés dans un interrogatoire. Dans l'hypothèse d'un flagrant délit, la garde à vue évitera la détérioration de l'état des lieux. La détention préventive, en revanche, ne présente pas toujours cet aspect. Elle est destinée beaucoup plus à prévenir la fuite de l'inculpé qu'à faciliter le déroulement de l'instruction.

149. — C'est, peut-être, cet aspect qui guide la Cour de cassation pour affirmer que les irrégularités qui entachent les conditions dans lesquelles l'inculpé a été maintenu en état de détention préventive (33), ne peuvent avoir d'incidence sur la procédure d'instruction proprement dite (34).

(31) ESCANDE, « Jurisclasseur de procédure pénale », art. 122 à 136.

(32) Cette conception de la détention préventive considérée comme une peine a été adoptée par la Cour de cassation à propos de la relégation, puisque le temps passé en détention est décompté sur le délai de 10 années pris comme base de référence de la mauvaise conduite habituelle du délinquant (cf. Crim., 4-8-1906, B. 320 ; Crim., 8-6-1939, B. 125 ; Crim., 26-9-1940, B. 42).

(33) Crim. 4-5-1961, B. 237. Cette décision est critiquable dans la mesure où elle n'admet aucune sanction pour une irrégularité de la détention. Il nous semble, cependant, que l'inculpé — victime de cet agissement — puisse intenter une action en détention arbitraire au vu de la décision de la Cour de cassation. Cette solution a été affirmée à nouveau dans l'affaire Argoud, Crim., 4-6-1964 ; J.C.P. 1964.II.13806 et rapport COMTE.

(34) En ce sens déjà qu'une irrégularité relative à la détention ne pouvait vicier la procédure d'instruction, la Cour de cassation avait décidé que la non-

En d'autres termes, si la détention préventive constituait une véritable mesure d'instruction, les vices qui l'entachent devraient entraîner la nullité de toute la procédure. Mais si la détention préventive est le résultat d'une activité juridictionnelle du juge d'instruction, ces irrégularités ne sont, en définitive, que les conséquences d'un mal jugé. La décision peut être annulée sans que cette annulation rejailisse sur la procédure antérieurement suivie, relativement au litige principal. Le plaideur (l'inculpé) qui subirait un préjudice à la suite d'une décision irrégulière en matière de détention préventive n'est pas démuné de tout moyen. Outre l'appel de la décision irrégulière du juge d'instruction, il possède deux voies juridiques : la première fondée sur la responsabilité pénale du juge qui a fait détenir arbitrairement une personne, et la seconde résultant de la prise à partie si le magistrat a commis une faute lourde professionnelle (art. 505 et ss. C. procédure civile, art. 136 C.P.P.). De cette manière, les atteintes à la liberté individuelle ne risquent pas d'être multipliées impunément (35).

150. — Pour mieux manifester cet aspect juridictionnel des mandats relatifs à la détention préventive, nous allons procéder à un parallèle avec la mise en liberté provisoire, qui résulte d'une ordonnance juridictionnelle que le juge statue d'office, ou à la requête d'une des parties, encore que certains auteurs aient nié cette assimilation (36).

Relativement à l'ordonnance de mise en liberté provisoire à la demande de l'inculpé, la jurisprudence n'est pas très fournie. Si le juge refuse de faire droit à sa demande, il ne manque pas de notifier cette décision à l'inculpé pour lui indiquer qu'il n'a pas à espérer une mise en liberté prochaine. Dans l'hypothèse où le juge acquiesce à la demande présentée, l'exécution de la décision fera connaître à l'inculpé que sa demande a été agréée.

Des inculpés ont, toutefois, invoqué devant la Cour de cassation que les ordonnances de mise en liberté provisoire étant des ordonnances juridictionnelles, le juge d'instruction était tenu d'accomplir les formalités prévues par l'article 10 de la loi du 8 décembre 1897 (communication au conseil). La chambre criminelle s'est toujours refusé d'admettre ce grief, non pas parce que cette ordonnance ne possédait pas le caractère juridictionnel, mais parce que l'inculpé n'avait aucun intérêt à agir. En effet, la demande de l'inculpé ayant

communication d'une ordonnance relative à la mise en liberté provisoire ne pouvait entraîner la nullité d'une instruction (Crim., 8-7-1920, B. 307).

D'une manière générale, la chambre criminelle a veillé à l'application stricte de cette disposition, mais elle a admis, en matière de liberté provisoire, que l'inculpé n'avait pas intérêt à invoquer une telle nullité.

(35) Voir pour un cas de refus de sanction dans une hypothèse où l'atteinte à la liberté était certaine, Civ. (2) 20-7-1962 ; Rec. Droit pénal, 1963, p. 284.

(36) F. HÉLIE (*op. cit.*, Tome IV, n° 2004) estime que la main-levée du mandat est un acte d'instruction, tandis que l'ordonnance sur requête serait juridictionnelle.

été acceptée par le juge, et mise à exécution, le défaut d'intérêt était évident. Aussi, très souvent, la chambre criminelle rejette la demande, en la déclarant irrecevable, sans même examiner la nature de l'ordonnance rendue dans cette hypothèse (37). Toutefois, dans un arrêt du 3 avril 1924 (38), la Cour de cassation affirme que les ordonnances relatives aux demandes de mise en liberté provisoire ont un caractère juridictionnel, alors même qu'elles font droit à la demande de l'inculpé.

Si le caractère juridictionnel est reconnu à l'ordonnance qui accepte les prétentions de l'inculpé, ce caractère doit être également reconnu à l'ordonnance par laquelle le juge refuse la mise en liberté provisoire. Dans cette dernière hypothèse, existe un élément contentieux certain : le juge prend parti contre la requête de l'inculpé. D'ailleurs, très souvent, l'inculpé fera appel de cette ordonnance afin d'en faire déclarer le mal fondé par la juridiction d'instruction du deuxième degré.

151. — Si les ordonnances par lesquelles le juge d'instruction statue sur la mise en liberté provisoire à la demande de l'inculpé sont des actes juridictionnels, en est-il de même lorsque le juge statue d'office ?

Le Code d'instruction criminelle ne connaissait pas la mise en liberté ordonnée d'office, mais une procédure particulière intitulée *main-levée du mandat de dépôt et d'arrêt* (art. 94 C.I.C.). Quelle nature revêt cet acte ?

La Cour de Paris devait connaître à plusieurs reprises de cette question. Le 13 février 1914 (39), elle décidait que le juge d'instruction, en suivant la procédure de l'article 94, alors qu'il était saisi d'une demande de mise en liberté provisoire, rendait une ordonnance de *main-levée* d'un mandat de dépôt et non une décision d'acceptation ou de refus de mise en liberté. Dès lors cette ordonnance n'était susceptible d'aucune voie de recours puisque l'article 94 al. 4 déniait formellement cette possibilité. Elle ne faisait qu'appliquer une solution qu'elle avait déjà admise à propos d'un refus de *main-levée* d'un mandat (40).

M. Leloir, reprenant l'opinion de Faustin Hélie, montrait à ce propos qu'il s'agit d'un acte d'instruction. Si le juge ordonne la *main-levée*, aucune personne ne peut critiquer cet acte : l'inculpé n'a

(37) Ainsi : Crim., 8-7-1920, B. 307 ; Crim., 10-2-1921, B. 71 et Crim., 28-5-1921, B. 224 (demande de mise en liberté sous caution acceptée selon les termes mêmes de la requête de l'inculpé).

(38) Crim., 3-4-1924, B. 153. La solution de cet arrêt aboutit aussi au rejet de la demande de l'inculpé parce qu'il n'avait aucun intérêt à agir.

(39) Paris, 13-2-1914 ; D.P. 1914.2.101.

(40) Paris, 25-8-1913 ; D.P. 1914.2.101.

aucun intérêt à agir, et le ministère public a rendu des réquisitions conformes (41).

152. — Quelques années plus tard, la Cour d'appel de Paris (41) connaissait d'une affaire à la requête d'une partie civile. Cette dernière n'invoqua pas la généralité du texte de l'article 135 C.I.C. (art. 186 C.P.P.), lui permettant de faire appel de toute ordonnance faisant grief à ses intérêts civils, mais elle excipa que cet acte n'avait pas été notifié à son conseil (droit que venait de lui reconnaître la loi du 22 mars 1921). La Cour d'appel devait rejeter cette demande pour la double raison que la notification des ordonnances s'appliquait seulement aux ordonnances susceptibles d'appel, constituant des actes de juridiction contentieuse, et que l'ordonnance de mise en liberté provisoire rendue spontanément par le juge d'instruction n'est pas susceptible de voie de recours. La Cour de cassation approuva cette décision en estimant que seules doivent être portées à la connaissance du conseil de la partie civile les ordonnances qui constituent des actes de juridiction, et que l'ordonnance de main-levée d'un mandat de dépôt ne pouvait entrer dans cette catégorie (43).

Certains ont pu déduire de cet arrêt que l'ordonnance de main-levée d'un mandat de dépôt constituait un acte d'instruction (44). Cette appréciation ne nous semble pas tout à fait exacte. En effet, la main-levée d'une mesure de détention préventive ne se réfère absolument pas à un but de manifestation de la vérité. En réalité, la décision du juge constituait un acte de juridiction gracieuse, comme le serait une ordonnance statuant sur une demande de restitution. Dans les deux hypothèses, il est demandé au juge d'instruction de rapporter une mesure préalablement décidée. Mais si le juge refuse, les parties ne disposent d'aucun moyen pour critiquer le bien-fondé de ce refus. D'ailleurs, et pratiquement, seule la partie civile aurait pu critiquer la main-levée d'une mesure de détention, puisque l'inculpé ne possède plus d'intérêt et que le ministère public a fourni son consentement en présentant des réquisitions conformes. Or la loi du 26 juillet 1955 lui a retiré le droit de faire appel des ordonnances de mise en liberté provisoire intervenues à la demande de l'inculpé ; il était établi alors une concordance entre la mise en liberté d'office et la mise en liberté sur demande.

153. — Ainsi, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la main-levée d'un mandat de dépôt ou d'arrêt constituait un acte de juridiction gracieuse du juge d'instruction. Il semble que le Code

(41) A l'époque, la question de l'intervention de la partie civile pouvait se poser : dès lors il importait de qualifier l'ordonnance d'acte d'instruction pour éviter toute voie de recours.

(42) Paris, 20-7-1933 ; D.H. 1933, p. 561.

(43) Crim., 23-2-1934, B. 42 ; D.H. 1934, p. 239.

(44) MARQUISET, Encyclopédie Dalloz, V° mandats ; DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.*, n° 1314.

de procédure pénale en ait fait un acte de juridiction contentieuse. Du point de vue formel, tout d'abord, l'article 140 C.P.P. ne mentionne plus la main-levée du mandat. La loi entend, ainsi, manifester que le juge ne retire pas une mesure qu'il a prise préalablement, il en ordonne une nouvelle.

De plus, si le mandat est un acte juridictionnel, le juge ne peut annuler la décision qu'il a rendue. En revanche lorsqu'une décision juridictionnelle a un caractère provisoire, rien n'empêche qu'une nouvelle décision juridictionnelle vienne modifier la première.

Enfin, l'acte n'a plus besoin des réquisitions du ministère public. Il est à craindre, dès lors, que le procureur de la République ne soit amené à exercer plus souvent que par le passé son droit d'appel.

Pour ces divers motifs, nous estimons que l'ordonnance de mise en liberté provisoire d'office revêt le caractère juridictionnel, tout comme l'ordonnance statuant à la requête d'une partie. Il serait d'ailleurs inconcevable que les mêmes effets accordés par des décisions analogues ne témoignent pas de l'identité de nature juridique de l'acte.

154. — De la même manière, l'ordonnance par laquelle le juge prolonge la détention préventive est juridictionnelle. Depuis le Code de procédure pénale, en effet, le juge d'instruction n'a plus la possibilité de placer quelqu'un en état de détention préventive de manière indéterminée. L'article 139 C.P.P. prévoit qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois, le juge est tenu de rendre une ordonnance de prolongation de la détention. Cette ordonnance motivée spécialement d'après les éléments du dossier et rendue sur des réquisitions motivées du procureur de la République, revêt le caractère juridictionnel (45). L'on a tenté de soutenir à ce propos que l'ordonnance de soit-communiqué préalable possédait un caractère juridictionnel. Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 12 novembre 1959 (46), déclarait que l'ordonnance de soit-communiqué rendue dans ces conditions avait un caractère administratif, sans se référer au caractère juridictionnel de l'ordonnance prolongeant la détention.

Cette dernière est susceptible de voies de recours de la part de l'inculpé ou du ministère public (art. 186, al. 1 et art. 185 C.P.P.). En la forme, aussi, l'acte paraît juridictionnel puisqu'il doit être motivé : une décision juridictionnelle doit comporter un exposé des faits et le texte de loi applicable.

D'ailleurs, l'ordonnance prolongeant la détention équivaut, en fait, à un refus de mise en liberté provisoire de plein droit. Si l'ordonnance par laquelle le juge refuse la mise en liberté provisoire à la demande de l'inculpé, possède le caractère d'un acte juridictionnel, il doit

(45) Voir à cet égard *Crim.*, 4-8-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 256 ; obs. Robert, *Rev. Sc. Crim.*, 1963, p. 124.

(46) *Crim.*, 12-11-1959 ; *J.C.P.*, 1960.II.11405.

Voir les doutes de M. CHAMBON ; *J.C.P.* 1961.I.1627.

en être de même en notre matière, où le juge s'oppose à une mise en liberté provenant d'un effet légal.

155. — En définitive, l'ordonnance de prolongation de la détention équivaut au renouvellement du mandat primitif. La personne sera détenue dans les mêmes conditions pour une nouvelle période de quatre mois : avant l'expiration du délai, elle pourra solliciter sa mise en liberté provisoire. Puisque l'ordonnance de prolongation est juridictionnelle et qu'elle est en fait un nouveau mandat, c'est que tout mandat relatif à la détention est véritablement un acte juridictionnel.

Un arrêt, déjà ancien, de la Cour de cassation, avait refusé d'accepter cette nature juridique pour le mandat d'arrêt. Le 9 mai 1913 (17), il était soutenu, devant la chambre criminelle, qu'un mandat d'arrêt devait être communiqué au conseil de l'inculpé car il s'agissait d'un acte de juridiction. Mais cette thèse fut rejetée. Il convient de noter à ce propos que ce mandat intervenait après une mise en liberté provisoire (48) et qu'à l'époque une confusion existait entre mandat d'arrêt, mandat de dépôt, puisque la législation n'était pas aussi minutieuse qu'elle l'est actuellement (les conditions et les modalités d'exécution des différents mandats sont décrites avec précision dans le Code de procédure pénale).

En outre, une deuxième question était posée à la Cour de cassation relativement aux motifs que devait contenir le mandat qui retirait le bénéfice de la mise en liberté provisoire ; le problème fut aussi rejeté par la chambre criminelle. L'annotateur anonyme du recueil Dalloz approuvait cette décision, car le mandat d'arrêt ne revêtait pas, pour lui, de caractère juridictionnel et constituait « un acte d'instruction par excellence ».

Il nous semble cependant que cette opinion ne soit pas tout à fait exacte. En l'espèce, le juge d'instruction n'avait pas l'intention de procéder à l'interrogatoire de l'inculpé, il désirait seulement le remettre en état de détention préventive parce qu'il craignait sa fuite. La détention ne pouvait dès lors en rien faciliter la manifestation de la vérité.

Toutefois, la solution de la Cour de cassation peut être justifiée. Quand le juge décerne un mandat d'arrêt, l'inculpé est normalement en fuite. Au début de l'instruction, il n'a encore jamais comparu et souvent il ne dispose pas d'un conseil en sorte que la formalité de la communication immédiate ne pourrait être mise à exécution. Même s'il avait choisi un conseil, ou si le mandat intervenait après une mise en liberté antérieure, la Cour de cassation n'admettrait pas les griefs d'un inculpé qui s'est soustrait délibérément à l'action de la justice

(47) Crim., 9-5-1913 ; D.P. 1915.I.38.

(48) Il n'est pas précisé dans l'arrêt si l'inculpé se trouvait en fuite, ou si le juge l'avait convoqué, en sorte qu'on ne peut savoir si c'était un mandat d'arrêt ou un mandat de dépôt.

en fuyant : il ne saurait avoir un intérêt à invoquer des dispositions protectrices puisqu'il entend ne pas respecter les ordres de la justice (49).

De la même manière, aucune notification n'est utile si le juge décerne un mandat de dépôt. Cet acte ne peut intervenir qu'après un interrogatoire, aussi, l'inculpé est-il présent et connaît la décision du juge d'instruction (art. 135 et 122 al. 4 C.P.P.). Le mandat de dépôt est notifié immédiatement à l'inculpé par le juge d'instruction : une mention de cette formalité sera faite au procès-verbal de l'interrogatoire (art. 123 al. 8 C.P.P.). De cette manière, la procédure de l'article 183 C.P.P. ne paraît pas utile : il ne doit pas être donné avis dans les vingt-quatre heures des mandats de dépôt ou d'arrêt, bien qu'il s'agisse d'actes juridictionnels, puisque le motif qui fonde cette exigence ne se trouve pas, en cette hypothèse, justifié (50).

156. — Le caractère juridictionnel des mandats de détention peut, enfin, être montré, à travers les textes et la jurisprudence, aussi bien à propos des conditions de fond que des conditions de forme des mandats.

Conditions de fond.

Le Code de procédure pénale, comme le Code d'instruction criminelle, ne précise pas quand le juge d'instruction peut décerner des mandats de mise en détention. Il se contente d'affirmer que la détention préventive est une mesure exceptionnelle (art. 137 C.P.P.). La circulaire de la chancellerie indique que la mise en détention ne doit intervenir que s'il existe des présomptions lourdes de culpabilité et des motifs de craindre que l'inculpé n'abuse de la liberté provisoire (art. C 274 al. 3).

Ainsi tout est question d'espèce et il n'est pas possible de définir à l'avance une casuistique des hypothèses où la détention doit intervenir. Le juge d'instruction est maître d'apprécier l'opportunité d'une telle décision, de même qu'il est libre d'y mettre fin : la garantie accordée aux personnes détenues réside dans le contrôle juridictionnel de la décision par la juridiction d'instruction du deuxième degré.

Dans ces conditions, une mesure de détention peut être jugée utile dans telle procédure, mais non dans telle autre. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mai 1960 (51) : aucune contradiction n'existe dans le fait qu'à l'occasion de poursuites distinctes un inculpé détenu ait été mis en liberté provisoire dans une

(49) Voir *supra*, les références citées au n° 146 et Crim., 21-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.25.

(50) Il serait même possible d'affirmer que la loi a entendu déroger aux règles normales des ordonnances juridictionnelles en appelant ces actes « mandats » et en prévoyant des procédés spéciaux de notification.

(51) Crim., 3-5-1960, B. 235. Le pouvoir souverain de l'appréciation des juges du fond a toujours été reconnu : voir à cet égard Crim., 26-8-1869, B. 203 ; Crim., 14-3-1873, B. 71 ; Crim., 18-2-1915, B. 33 ; Crim., 5-6-1924, B. 248 ; Crim., 11-1-1951, B. 16 ; Crim., 25-6-1959, B. 334 ; J.C.P. 1959.II.11288, note Vouin. Plus récemment Crim., 25-6-1964 ; J.C.P. 1964.IV.114.

affaire, alors que sa demande de mise en liberté était rejetée dans une autre.

Le même résultat serait obtenu si, dans une procédure, le mandat devait être annulé : la validité de tout autre mandat délivré dans une autre procédure ne saurait être mise en cause (52). Le juge d'instruction doit ainsi motiver sa décision pour que la juridiction du deuxième degré puisse apprécier les éléments particuliers à l'espèce qui ont déterminé le juge à mettre tel individu en détention.

157. — Le caractère d'acte juridictionnel des mandats se manifeste, aussi, dans le caractère révisable des décisions relatives à la détention. Le particularisme des actes juridictionnels de l'instruction préparatoire révèle cet aspect, que nous retrouvons dans cette matière.

Après avoir décerné un mandat, le juge peut ordonner la mise en liberté provisoire, d'office ou à la demande de l'inculpé ou du procureur de la République. A nouveau, cependant, une mise en détention est possible si le juge décerne un mandat. L'article 115 du Code d'instruction criminelle indiquait cette faculté « si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire ». La Cour de cassation avait estimé que le juge en décernant un nouveau mandat n'était pas tenu de préciser qu'il avait agi à raison de circonstances nouvelles et graves (53). Mais cette décision paraît critiquable, puisque le juge a l'obligation de justifier cette nouvelle mise en détention après avoir accordé une mise en liberté. Le Code de procédure pénale comporte une disposition analogue. L'article 144 al. 2 C.P.P. autorise le juge d'instruction à décerner un nouveau mandat lorsque l'inculpé ne se présente pas à une convocation du juge ou lorsque des circonstances nouvelles ou graves rendent sa détention nécessaire.

Mais il est probable que la Cour de cassation ne se satisferait pas d'une motivation vague ou de principe. Le nouveau mandat, qui équivaut à la rétraction d'une ordonnance de mise en liberté provisoire, devra être motivé pour que cette décision soit justifiée.

158. — De ce que le mandat est un acte juridictionnel, découle l'impossibilité pour le juge d'instruction d'intervenir en matière de détention une fois sa procédure achevée : il a épuisé les effets de sa saisine. C'est la loi qui détermine le sort des personnes détenues. La mise en liberté a lieu de plein droit lorsque le juge rend une ordonnance de non-lieu (art. 177 C.P.P.) ou une ordonnance de renvoi devant le tribunal de police (art. 178 C.P.P.). Si l'infraction est un délit, il faudra tenir compte des dispositions de l'article 138 C.P.P. pour maintenir l'inculpé en détention.

Mais si le délai de quatre mois vient à expiration après le dessaisissement du juge d'instruction et avant le prononcé d'une condam-

(52) Voir deux arrêts du 25-1-1961 (B. 37 et B. 48) rapportés D. 1961.252, note J.M.R. Voir aussi Paris, 15-1-1964, J.C.P. 1964.II.13567, note Chambon.

(53) Crim., 9-5-1913 ; D.P. 1915.138.

nation, le problème se pose de savoir si une prolongation doit intervenir et qui est compétent pour l'ordonner.

En matière criminelle, l'article 181 al. 2 C.P.P. dispose que le mandat d'arrêt ou de dépôt conserve sa force exécutoire jusqu'à ce que la chambre d'accusation ait statué. L'inculpé pourra présenter devant cette juridiction tous moyens concernant le problème de sa détention. Une fois que la chambre d'accusation aura examiné la procédure, elle demeure compétente pour résoudre les questions relatives à la mise en liberté provisoire (art. 142 al. 2 C.P.P.). Mais si l'instruction a été clôturée par une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, la question s'est posée de savoir le sort de la personne détenue. Par un arrêt du 15 juin 1960 (54), la Cour d'appel d'Aix estima que le juge d'instruction étant dessaisi, il n'était pas nécessaire d'ordonner la prolongation de la détention. M. Chambon montre les différents arguments favorables à cette thèse de la conservation de la force exécutoire des mandats, mais il n'en critique pas moins l'arrêt de la cour d'appel dès lors que le Code de procédure pénale a entendu faire de la détention une mesure exceptionnelle.

La Cour de cassation, toutefois, rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix (55), au motif que l'article 139 C.P.P. concerne seulement l'instruction préparatoire et nullement la période qui la suit. Cette solution était, d'ailleurs, préconisée parce que l'individu détenu n'était pas abandonné à un sort implacable. L'article 142 C.P.P. permet à l'inculpé de présenter, en tout état de la procédure, des demandes de mise en liberté provisoire. On ne peut manquer de s'étonner devant une telle prise de position. Dans le dessein de garantir les libertés individuelles, il aurait mieux valu prescrire au juge d'instruction de renouveler son ordonnance avant de se dessaisir de la procédure : la juridiction de jugement, dès lors, aurait dû statuer dans un délai raisonnable. Si la loi a raison de faire confiance à la conscience des magistrats (56), il ne lui est pas interdit de faciliter la protection des individus en édictant des règles strictes.

En réalité, ce sont des nécessités pratiques qui ont amené la Cour de cassation à statuer de cette manière, car il aurait été difficile, parfois, de retrouver le juge qui avait prescrit la mise en détention. Cet aspect de la continuation des effets du mandat de détention manifeste le caractère juridictionnel de la décision. Une commission rogatoire, par exemple, ne peut plus être exécutée après le dessaisissement du juge d'instruction, sous peine de nullité des actes effectués (57) ;

(54) Aix, 15-6-1960 ; J.C.P. 1960.II.11748, note Chambon.

(55) Crim., 5-10-1960, B. 426 ; J.C.P. 1960.II.11828. Voir également dans le même sens, Crim., 21-11-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 335, p. 690 ; obs. Robert, Rev. Sc. Crim., 1963, p. 360.

(56) Voir à ce propos un arrêt de Crim., 1-3-1961 (B. 130) qui décide que dans l'hypothèse de l'article 142 C.P.P., la loi a confié à la conscience des juges le soin de se prononcer dans le plus bref délai.

(57) En ce sens, Crim., 24-7-1961, B. 353.

il en est de même pour tout acte d'instruction. Le mandat de mise en détention révèle ainsi son caractère juridictionnel.

159. — Ce caractère résulte également du fait que le juge d'instruction ne peut être suppléé par la juridiction d'instruction du deuxième degré. Si le juge d'instruction se trouve dessaisi de son dossier au profit de la chambre d'accusation qui doit statuer sur un incident de la procédure, cette circonstance ne saurait autoriser la chambre d'accusation à résoudre un problème de détention préventive. Ainsi le juge d'instruction demeure compétent pour apprécier une demande de mise en liberté provisoire émanée de l'inculpé.

C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 14 mars 1929 (58), en censurant une chambre d'accusation qui avait statué sur une demande de mise en liberté provisoire, dont elle n'était pas saisie. « Attendu que cette circonstance de fait ne saurait avoir pour conséquence de modifier la compétence des juridictions et de priver le juge d'instruction qui demeurerait saisi de la poursuite du droit qu'il tenait des articles 113 et 116 C.I.C. et qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a commis un excès de pouvoir. »

Ainsi la juridiction du deuxième degré ne peut se substituer au juge d'instruction. Tel serait le cas si, à l'occasion d'une procédure d'appel, le mandat de dépôt devait être prolongé. Outre l'établissement du dossier en double exemplaire, la chambre d'accusation est fondamentalement incompétente pour statuer. C'est, du reste, la solution adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 janvier 1961 (59). Un inculpé avait fait appel d'une ordonnance par laquelle le juge d'instruction refusait de prescrire une expertise et il prétendait que la décision de prolongation prise par le juge d'instruction n'était pas régulière puisque le juge était dessaisi de la procédure. La chambre d'accusation confirma la décision du juge, en réponse à la requête de l'inculpé, et la Cour de cassation approuva cette manière de faire, car, tandis que la Chambre d'accusation est saisie d'un appel, « le juge doit continuer son information, en statuant notamment comme il l'a fait, sur la détention des inculpés ». Admettre une solution différente conduirait en définitive à priver les personnes détenues de la garantie du double degré de juridiction.

160. — Enfin, si le mandat de mise en détention est véritablement juridictionnel, le refus du juge d'instruction de le décerner pourra être brisé par la juridiction du deuxième degré. Cette dernière réunie rendra sa décision sur le siège, tandis que pour accomplir un acte d'instruction elle doit déléguer un des membres la composant (combinaison des art. 201 et 205 C.P.P.). Elle pourrait également charger un juge d'instruction de faire cet acte (60). Or, dans une affaire reten-

(58) Crim., 14-3-1929 ; D.H. 1929, p. 221.

(59) Crim., 11-1-1961, B. 20 ; J.C.P. 1961.II.12141.

(60) Voir, à cet égard, les remarques de M. GUYENOT, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », Rev. Sc. Crim., 1964, p. 559.

tissante, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une chambre d'accusation qui avait chargé un juge d'instruction de délivrer un mandat de dépôt (61).

Un juge d'instruction, saisi de réquisitions du procureur de la République tendant à ce que soit décerné un mandat de dépôt à l'encontre de l'inculpé, refusa de faire droit à cette demande. Sur appel du procureur de la République, la chambre d'accusation, après avoir apprécié les charges, conclut à l'opportunité de décerner un mandat, en l'état de la procédure. Estimant qu'il s'agissait d'un acte d'instruction, la chambre d'accusation chargea le juge d'instruction saisi de la procédure de décerner le mandat, ou, à défaut, tout autre juge d'instruction.

Une telle solution devait encourir la réprobation de la Cour de cassation. Le procureur général Besson, après avoir donné quelques considérations d'ordre général sur le récent Code de procédure pénale, présenta la nouveauté du problème et tenta de dégager une solution qui tienne compte des pouvoirs accordés à la chambre d'accusation, en matière d'actes d'instruction. Le conseiller-rapporteur et les avocats ayant aussi demandé l'annulation de la décision de la chambre d'accusation, la cassation fut prononcée au motif principal qu'une chambre d'accusation ne peut adresser d'injonctions au juge d'instruction sous peine d'attenter à son indépendance.

En réalité, cet arrêt atteste le caractère juridictionnel du mandat relatif à la détention, puisque la juridiction du deuxième degré a la possibilité de reformer un mal jugé sans pour autant gêner l'indépendance du juge.

L'ordonnance du 4 juin 1960 a tiré la conséquence de cet arrêt en modifiant l'article 207 C.P.P. relatif aux pouvoirs de la chambre d'accusation en matière de détention préventive (62). Cette juridiction peut décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt lorsqu'elle infirme une ordonnance du juge d'instruction. C'est affirmer, par là-même, le caractère juridictionnel des mandats de détention, puisque les articles concernant l'exécution d'un acte d'instruction supplémentaire demeurent inchangés (art. 201 et 205 C.P.P.).

161. — L'arrêt de la chambre criminelle, d'ailleurs, en se prononçant sur l'interdiction du chevauchement des juridictions ne faisait qu'appliquer une solution traditionnelle en matière de mise en liberté provoquée par l'appel de l'inculpé d'une ordonnance de refus de mise en liberté provisoire. L'article 115 al. 2 C.I.C. (rédaction de 1939) disposait : « si la liberté provisoire a été accordée par la chambre des mises en accusation, réformant l'ordonnance du juge d'instruction, ce magistrat ne pourra décerner un nouveau mandat qu'autant que la Cour, sur les réquisitions écrites du ministère public,

(61) Crim., 22-12-1959 : D., 1960, p. 1, conclusions du procureur général Besson.

(62) BESSON, « Panorama des réformes pénales », D. 1960, chronique, p. 161, n° 118 et 119.

aura retiré à l'inculpé le bénéfice de sa décision ». Cette disposition figure actuellement à l'article 144 al. 4 C.P.P. Ce texte précise ainsi que le juge d'instruction ne peut plus statuer sur la détention préventive, sous peine d'aller à l'encontre d'une décision juridictionnelle du juge du deuxième degré. Ce dernier est seul maître de rétracter sa décision, le caractère provisoire et révisable appartenant aussi aux actes juridictionnels de la chambre d'accusation.

Dès lors que la mise en détention résulte d'une décision de la chambre d'accusation, la mise en liberté dépend également et uniquement de cette juridiction (63).

162. — Les mandats de dépôt ou d'arrêt apparaissent ainsi comme des actes juridictionnels, et c'est probablement la raison pour laquelle ils ne peuvent être délégués à des officiers de police judiciaire (64). La loi n'a nullement prévu cette interdiction mais elle résulte du fait que le juge d'instruction a la possibilité de donner commission rogatoire uniquement pour l'exécution d'un acte d'instruction (art. 81 al. 4 et art. 151 al. 1 C.P.P.). D'ailleurs, il ne s'agit pas là d'une mesure de défaveur à l'encontre de la police judiciaire, puisque aucun magistrat ne pourrait disposer d'un pouvoir juridictionnel par délégation.

Certains auteurs (65), toutefois, tout en admettant que les mandats sont des actes judiciaires, refusent de les admettre comme des actes juridictionnels parce qu'ils ne sont pas susceptibles de voies de recours. En réalité, l'existence d'une voie de recours n'est pas le critère de l'acte juridictionnel, en matière d'instruction préparatoire. M. le procureur général Besson signalait qu'« il n'importe que l'acte du juge mettant un individu sous mandat n'ait pas un caractère juridictionnel au sens de l'article 186 C.P.P. » (66).

163. — Pour notre part, nous n'estimons pas que l'absence de voie de recours puisse retirer le caractère juridictionnel aux mandats. L'individu qui fait l'objet d'un mandat de mise en détention a toujours la possibilité de présenter une demande de mise en liberté provisoire. Si le juge refuse de faire droit à cette sollicitation, l'inculpé aura la faculté de faire appel de cette ordonnance. Comme le juge est tenu de statuer dans les cinq jours de la communication au procureur, communication qui doit être effectuée immédiatement, la

(63) Voir à cet égard, *Crim.*, 25-6-1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 218, p. 466.

(64) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 514 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1290.

(65) Notamment ESCANDE, « *Jurisclasseur de procédure pénale* », art. 122-130, n°s 22 à 25.

(66) BESSON, conclusions rendues dans l'affaire Pesquet (*Crim.*, 22-12-1959) ; D. 1960, p. 3.

personne détenue dispose, semble-t-il, de garanties suffisantes à l'encontre d'une décision arbitraire (67).

Si le juge ne statuait pas, la chambre d'accusation pourrait être saisie directement (art. 141 al. 5 C.P.P.) (68). En réalité, de telles hypothèses sont rarement à craindre, les juges d'instruction ayant souvent une conscience très grande de leurs devoirs, ainsi qu'en témoigne l'affaire Pesquet (arrêt du 22-12-1959), et l'absence de voies de recours directes ne paraît pas nuire aux garanties de la liberté individuelle (69).

Cette question des voies de recours nous amène naturellement à examiner les conditions relatives à la forme de l'acte.

Conditions de forme.

164. — Deux traits sont, à cet égard, révélateurs de l'aspect juridictionnel des mandats : la mention de la personne à l'encontre de laquelle le mandat est délivré, et la mention de l'inculpation.

Aux termes de l'article 123 C.P.P. « tout mandat précise l'identité de l'inculpé » (70). De cette manière, la loi a entendu réagir contre la pratique des mandats décernés contre X..., pratique utilisée surtout pour les mandats d'arrêt. Cette méthode est dangereuse et de peu d'efficacité pratique. Une personne pourrait être arrêtée au vu d'un tel mandat alors qu'elle n'était pas recherchée par le juge. Si ce dernier ne dispose pas de tous les éléments nécessaires à l'identification de l'inculpé, il est préférable qu'il délivre une note de recherche. Les services de police et de gendarmerie spécialisés pourront ainsi recueillir tous les éléments permettant une identification précise. Ces services pourront aussi utiliser une mesure de garde à vue, le temps nécessaire de communiquer au juge mandant le résultat et l'aboutissement de leurs recherches.

On conçoit aisément qu'un juge puisse être saisi d'une instruction contre X... car c'est d'un acte délictueux, d'un fait matériel qu'il est saisi. Si un mandat contre X... aboutit à une commission rogatoire générale en vue de l'arrestation d'un individu indéterminé, en revanche, il est tout à fait normal qu'un juge puisse décerner un mandat à l'encontre d'une personne dont il donne la description et le signalement de manière précise, encore qu'il ignore son nom patronymique. Telle était, d'ailleurs, la solution indiquée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1833 (71), arrêt qui

(67) Notons qu'une personne détenue dans ces conditions n'est pas privée de sa liberté pendant un temps plus long qu'en vertu d'une mesure de garde à vue (en matière de sûreté de l'Etat).

(68) Pour une application, voir Crim., 27-7-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 250, p. 535.

(69) En revanche paraît beaucoup plus grave le refus, par la Cour de cassation, d'examiner la légalité des mises en détention (cf. Crim., 25-6-1959 ; J.C.P. 1959. II.11288, note Vouin). Voir, toutefois, Poitiers, 15-1-1964 ; G.P. 1964, 15 juin.

(70) Voir le commentaire aux articles C 224 et C 239 de la circulaire.

(71) Crim., 29-11-1833, B. 481.

précisait que « la désignation devait être faite le plus clairement possible ».

En toute autre hypothèse, la note de recherche suffira puisque la police judiciaire sera amenée obligatoirement à entendre la personne soupçonnée à titre de témoin et disposera ainsi de la mesure de garde à vue prévue à l'article 154 al. 1 C.P.P. (72).

165. — Outre la mention de l'identité de l'inculpé, les mandats doivent comporter l'indication de l'inculpation. Cette exigence peut déjà apparaître comme un premier élément de la motivation de la décision du juge d'instruction. C'est surtout la manifestation que le juge se trouve dans une des hypothèses où la mise en détention préventive est possible (art. 138 C.P.P.). De cette manière, le juge d'instruction motive la mesure de la détention en considérant la peine qu'encourt le délinquant (73). La date apparaîtra aussi comme une condition essentielle puisqu'elle permettra de savoir si le juge disposait réellement de pouvoirs juridictionnels à cette époque.

166. — Ainsi, les mandats de dépôt et d'arrêt sont de véritables actes juridictionnels, au même titre que les actes par lesquels le juge d'instruction statue sur la détention. Il importe, alors, pour éviter tout abus, que soit développée la responsabilité personnelle des juges.

Lorsque la Cour de cassation reconnaît qu'une détention est arbitraire, il faudrait que des poursuites soient intentées contre les magistrats qui auraient commis une faute professionnelle. C'est réellement dans cette mesure que la garantie des justiciables peut être assurée. Estimer que l'irrégularité d'une détention doit entacher d'un vice absolu toute la procédure d'instruction ne serait qu'un pis-aller : cela bénéficierait à l'inculpé illégalement détenu sans que pour autant la liberté individuelle, en général, soit mieux assurée. Dans cette voie devrait s'engager la jurisprudence, en donnant ainsi une existence pratique à l'article 136 C.P.P. (74).

167. — Il est, toutefois, une hypothèse où un mandat de dépôt ne peut constituer un acte de juridiction : celle de l'article 71 C.P.P. En cas de délit flagrant, le procureur de la République a la possibilité de placer l'auteur de l'infraction sous mandat de dépôt, après avoir procédé à son interrogatoire. Ce mandat a une durée limitée : l'article 393 C.P.P. prévoit que l'individu ainsi arrêté est traduit sur le champ à l'audience du tribunal correctionnel (75). S'il n'y a pas d'audience,

(72) Il ne peut s'agir de la mesure de garde à vue de l'enquête préliminaire, puisqu'une information judiciaire est ouverte.

(73) La Cour de cassation refuse de contrôler la légalité de la détention : *Crim.*, 25-6-1959 ; *J.C.P.* 1959.II.11388.

(74) Nous ne préconisons pas des poursuites continues, mais nous souhaitons que les détentions flagramment illégales soient suivies de sanctions disciplinaires, voire pécuniaires.

(75) La mise sous mandat de dépôt n'est pas subordonnée à l'assentiment de l'intéressé ; *Crim.*, 20-11-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 326, p. 690.

ce jour-là, le prévenu doit être jugé le lendemain. A l'audience, le prévenu a la possibilité de demander un délai pour préparer sa défense, en ce cas la juridiction fixera la durée de ce délai (76).

Ce mandat de dépôt possède un effet très limité puisque la détention est de courte durée. Si l'affaire n'est pas en état de recevoir jugement, ou même si le prévenu a obtenu un délai pour présenter sa défense, le tribunal a la possibilité de mettre le prévenu en état de liberté provisoire, avec ou sans caution (art. 397 C.P.P.). La juridiction de jugement est, dès lors, amenée à statuer sur la détention dans un délai assez bref, en sorte qu'il est permis de se demander quel est le véritable caractère de cette mesure.

Historiquement, l'appellation de mandat de dépôt s'explique par le fait que ce mandat a été créé spécialement au profit du ministère public. De plus, au moment de la loi du 20 mai 1863, qui est à l'origine des textes du Code de procédure pénale, la détermination de chaque mandat n'était pas effectuée avec la même précision que maintenant. Surtout, la procédure de la garde à vue était ignorée.

168. — En réalité, le mandat décerné par le procureur de la République mériterait une autre appellation qui tienne compte de ses particularités propres. Mieux, il conviendrait de substituer à ce mandat une mesure de garde à vue : le procureur de la République ne vise pas véritablement une mesure de détention, il a besoin d'un titre juridique permettant de priver, pendant un temps maximum de 48 heures, un individu de sa liberté. Ensuite, la juridiction de jugement est compétente pour connaître des questions relatives à la détention de cet individu.

Reconnaître au procureur de la République la possibilité de prononcer une mesure de garde à vue ne pourrait d'ailleurs trop heurter les principes puisque, précisément, il possède cette attribution dans le cadre des activités de la police judiciaire. En toute hypothèse, les mandats autorisant la mise en détention constituent des actes de juridiction. Mais ce ne sont pas les seuls actes de juridiction du juge et il nous faut en entreprendre l'étude.

(76) Voir à cet égard, *Crim.*, 7-1-1965, *D.* 1965, p. 144 ; *J.C.P.* 1965.IV.18.

CHAPITRE III

Les actes de juridiction du juge d'instruction.

169. — Parmi les actes du juge d'instruction, il en est qui présentent un caractère juridictionnel. Tel est le cas de l'acte de clôture de l'instruction. Est-ce à dire pour autant que ce soit le seul acte juridictionnel que rend un juge d'instruction ? Au cours de la procédure, n'est-il pas amené à trancher des litiges, et à rendre des décisions juridictionnelles ?

Pour avoir une première notion de l'acte de juridiction, il faut se référer à la procédure de jugement. La décision définitive d'une affaire n'est pas la seule à être juridictionnelle. Une juridiction peut être amenée à rendre des jugements préparatoires, ou avant-dire droit qui n'en sont pas moins juridictionnels, bien qu'ils soient qualifiés parfois d'actes préparatoires ou d'instruction et qu'ils ne puissent pas toujours faire l'objet d'une voie de recours distincte.

Au cours de l'instruction préparatoire, de tels actes existent : le juge est appelé à trancher des litiges et sa décision revêt le caractère juridictionnel bien que les parties ne puissent exercer de voie de recours. L'acte d'instruction s'opposera, dans ces conditions, à l'acte de juridiction en ce que le premier servira de base au prononcé de la décision.

170. — La notion d'acte de juridiction a soulevé bien des controverses au cours de ces dernières années. La doctrine privatiste classique a été remise en cause par les publicistes qui essayaient de reconnaître le caractère juridictionnel à certaines décisions administratives pour autoriser des voies de recours. La notion fut également l'objet de discussions parmi les auteurs de droit privé avec l'accroissement

du domaine de la juridiction gracieuse (1). Devant la difficulté de parvenir à une définition de l'acte juridictionnel, il apparaît nettement que la recherche des actes juridictionnels du juge d'instruction ne sera pas aisée. Cependant, la jurisprudence dut trancher ce problème, car la loi du 8 décembre 1897 avait prévu que toute ordonnance du juge devait être communiquée immédiatement au conseil de l'inculpé. Ce texte, d'une portée trop large, fut interprété d'abord par la Chancellerie, ensuite par la Cour de cassation, comme ne devant s'appliquer qu'aux seules ordonnances juridictionnelles.

Le présent chapitre a donc pour objet de présenter les solutions de la jurisprudence puis d'esquisser quelques traits de l'acte de juridiction du juge d'instruction.

SECTION I

LES DIFFERENTS ACTES JURIDICTIONNELS DEGAGES PAR LA JURISPRUDENCE

171. — La Cour de cassation a été amenée à reconnaître le caractère juridictionnel de certaines ordonnances du juge d'instruction en statuant soit sur les voies de recours admises au profit de certaines parties, soit sur le formalisme des actes juridictionnels. La présentation des différentes solutions de la jurisprudence sera beaucoup plus logique si nous suivons pas à pas le déroulement de l'instance devant le magistrat instructeur. Nous examinerons tout d'abord les actes rendus peu de temps après la saisine du juge, puis les différents actes qui interviennent en cours d'instance (2), enfin ceux qui sont prononcés lors de la clôture de l'information.

§ 1. — Les actes juridictionnels qui peuvent se produire dès l'ouverture de l'instruction.

172. — C'est généralement par un réquisitoire introductif d'instance que le procureur de la République, en dénonçant un agissement pénalement répréhensible, saisit le juge d'instruction d'une affaire.

(1) Sur les différentes controverses, toute une bibliographie existe, qui se trouve rapportée dans l'ouvrage de MM. SOLUS et PERROT, « Droit judiciaire privé », Tome I, n° 466, note 1, p. 426.

Sur les différentes caractéristiques des actes juridictionnels, on lira utilement les pages 426 à 469 du Tome I de l'ouvrage de ces auteurs. *Adde* RICHOU, J.C.P. 1962.I.1962.

(2) Rappelons que nous n'envisageons ici que les seuls actes juridictionnels et que nous avons examiné dans le chapitre précédent les actes se rapportant à la détention préventive.

Ce réquisitoire peut être délivré par le procureur de la République, lorsque tous deux procèdent aux constatations sur les lieux mêmes où vient de se dérouler une infraction. Enfin, le juge d'instruction peut être saisi directement par la victime d'une infraction. L'article 86 du Code de procédure pénale prévoit cette dernière hypothèse que la Cour de cassation avait reconnue dès 1906. Le magistrat ainsi saisi aura pour premier devoir de vérifier s'il est compétent, car c'est uniquement dans cette mesure qu'il a la capacité pour mener l'enquête judiciaire. Au cas où il est saisi d'une procédure à la suite de la plainte de la victime, il convient que le magistrat ne mêle pas l'œuvre de la justice avec les vengeances ou les rancunes des particuliers qui auront tendance à faire déclencher des poursuites injustifiées. Que la constitution de partie civile intervienne en cours d'instance ou qu'elle déclenche la procédure, le juge sera amené à prendre deux catégories d'ordonnances : la première est relative à la constitution de la partie civile, et la seconde concerne la recevabilité de l'action civile.

A. — L'ORDONNANCE STATUANT SUR LA COMPÉTENCE.

173. — Saisi par un réquisitoire du ministère public, le juge commence par examiner s'il lui est juridiquement possible de mener l'enquête. Avant de décider un acte de procédure, le magistrat doit savoir s'il est compétent. En droit civil, les règles procédurales sont prises dans l'intérêt des particuliers. Ceux-ci peuvent donc les aménager dans une certaine mesure, notamment par le procédé de la prorogation de compétence. En revanche, les règles de la procédure pénale sont régies par l'ordre public, et il ne peut appartenir aux parties de procéder à des aménagements.

Le juge d'instruction a le devoir d'examiner d'office sa propre compétence et, le cas échéant, de rendre une décision d'incompétence. Le plus souvent, une des parties à l'instance dépose des conclusions tendant à ce que le juge se déclare incompétent. Le juge d'instruction statuera sur cette demande qui, la plupart du temps, émane de l'inculpé.

L'ordonnance par laquelle le juge statue sur sa compétence peut être rapprochée de deux autres actes voisins : l'ordonnance de dessaisissement et l'ordonnance de non-lieu (3).

174. — L'ordonnance de dessaisissement est un acte de pure administration, que le juge décerne lorsqu'il estime un autre de ses collègues mieux placé que lui pour mener les investigations. Dans cette hypothèse, le juge auteur de l'ordonnance est légalement compétent.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'il convient de reprendre les solutions donnés par la Cour de cassation. Par un arrêt du 9 juin 1921 (4), la

(3) Sur l'ordonnance de dessaisissement, voir GUYENOT, *Rev. Sc. Crim.*, 1963, p. 279. Voir aussi GABOLDE, « L'appel des ordonnances de compétence », *Rev. Sc. Crim.*, 1938, p. 1.

(4) *Crim.*, 9-6-1921, B. 246.

chambre criminelle reconnaît le caractère juridictionnel à une ordonnance de dessaisissement. En l'espèce, un juge d'instruction saisi d'une affaire de vols et de recels d'effets militaires s'était dessaisi au profit d'un juge d'instruction militaire. Cette ordonnance était réellement une ordonnance statuant sur la compétence, parce que le juge n'était pas légalement apte à instruire une affaire relevant par sa nature des juridictions militaires. La même solution est fournie dans un arrêt du 5 janvier 1950 (5).

Dans ce cas, loin d'accomplir une simple formalité destinée à assurer la bonne administration de la justice, le juge statue d'office sur sa compétence en la déniait.

L'interprétation de ces arrêts permet d'affirmer que toute ordonnance relative à la compétence d'attribution est véritablement un acte juridictionnel, tandis que l'ordonnance relative à une question de compétence territoriale constitue un acte de pure administration, une ordonnance de dessaisissement.

Le Code de procédure pénale n'a pas apporté de modification sensible en la matière. Normalement les solutions admises antérieurement à 1958 devraient pouvoir s'appliquer, puisque l'ordonnance de dessaisissement était apparue en dépit des textes relatifs au règlement de juges.

Mais un arrêt de la Cour de cassation rendu le 20 octobre 1960 (6) manifeste une tendance différente. Un juge d'instruction saisi d'une affaire avait rendu une ordonnance de dessaisissement. Sur appel exercé par l'inculpé, la chambre d'accusation infirma l'ordonnance du juge. Le procureur général, estimant que la Cour d'appel aurait dû déclarer irrecevable la demande de l'inculpé, se pourvut en cassation. La Chambre criminelle rejeta la demande du procureur général en constatant que l'ordonnance de dessaisissement prise dans le cas de l'article 657 du C.P.P. concernait la compétence, et l'inculpé avait pu en interjeter régulièrement appel.

Aux termes de cette jurisprudence nouvelle, il est permis de considérer que toute décision relative à la compétence, soit d'attribution, soit territoriale, constitue une ordonnance juridictionnelle de compétence.

175. — Cet acte est l'un de ceux pour lesquels l'inculpé est admis à faire appel (art. 186 al. 3 C.P.P.). Aussi les parties et leurs conseils se sont efforcés d'étendre la notion d'ordonnance de compétence. L'inculpé dépose, parfois, devant le juge d'instruction des conclusions tendant à ce que soit rendue une ordonnance de non-lieu. Mais le juge, en estimant que les faits constituent une infraction caractérisée, rejette les conclusions présentées. L'inculpé ne manque pas de faire appel pour faire examiner sa demande par la juridiction d'instruction

(5) *Crim.*, 5-1-1950, B. 4.

(6) *Crim.*, 20-10-1960, B. 466 ; voir *supra*, n° 99 et 100.

Voir de même, *Crim.*, 5-10-1961, B. 382 et Paris, 4-4-1962 ; *J.C.P.* 1962.II.12710, note Doll.

du deuxième degré. Pour ce faire, il intitule « conclusions d'incompétence » les conclusions qui tendent au prononcé d'un non-lieu.

La jurisprudence ne s'est pas contentée de cette apparence formelle, elle a recherché si réellement les conclusions avaient trait à une question de compétence.

Déjà, le 28 janvier 1921 (7), la Cour de cassation estimait que des conclusions tendant à faire prononcer qu'il n'y avait ni crime ni délit se trouvaient en dehors des prévisions de l'article 539 C.I.C. relatif à la compétence. Mais c'est surtout un arrêt du 23 mars 1933 (8) qui apporte une solution définitive. En l'espèce, un inculpé avait sollicité du juge une ordonnance de non-lieu mais le juge avait estimé qu'il y avait lieu de poursuivre l'information. Sur appel de l'inculpé, la chambre d'accusation déclara la demande recevable, mais la rejeta au fond. La Cour de cassation censura cette décision. Puisque les conclusions tendaient au prononcé d'un non-lieu, il ne pouvait s'agir d'une ordonnance relative à la compétence et l'inculpé ne pouvait en faire appel. Dans ces conditions, la chambre d'accusation aurait dû déclarer la demande irrecevable.

Cette décision de principe a été reproduite plusieurs fois (9), notamment dans un arrêt du 24 juillet 1957 (10). Le droit d'appel de l'inculpé ayant traditionnellement été interprété restrictivement, il convenait d'admettre un contrôle minutieux de la qualification des ordonnances (11).

176. — La Cour de cassation s'est également montrée stricte quant à l'observation des formes tendant à l'admission de l'incompétence (12). L'incompétence doit être proposée dès le début de la procédure pour éviter les actes inutiles et dilatoires. Si l'une des parties n'invoque pas de motif d'incompétence, elle reconnaît, par là, la compétence du juge saisi et renonce à invoquer ce moyen ultérieurement.

Dans ces conditions, toute décision du juge relative à la compétence possède une nature juridictionnelle, puisqu'elle tranche un litige pouvant avoir des conséquences selon que le magistrat accepte ou refuse de faire droit aux prétentions des parties. Il n'y a pas, dès lors, à distinguer suivant que le magistrat statue d'office ou à la requête d'une partie : dans les deux cas l'article 186 al. 3 C.P.P. offre la même voie de recours.

(7) *Crim.*, 28-1-1921, B. 46.

(8) *Crim.*, 23-3-1933, B. 64.

(9) *Crim.*, 2-3-1954, B. 93 et *Crim.*, 11-7-1957, B. 556.

(10) *Crim.*, 24-7-1957, B. 572.

(11) Sur cette interprétation restrictive, voir 2^e partie, Titre I. Noter aussi un arrêt de la Cour de cassation du 4-7-1873, B. 182.

(12) La Cour de cassation a toujours exigé des parties qu'elles présentent un déclinatoire d'incompétence devant le juge d'instruction pour les admettre à invoquer ce moyen devant le juge du deuxième degré. Voir ainsi *Crim.*, 1-8-1902, B. 266 ; *Crim.*, 2-5-1924, B. 184 ; *Crim.* 15-3-1936, B. 32.

Mais l'ordonnance relative à une question de compétence n'est pas le seul acte juridictionnel à intervenir au seuil de la procédure. Surtout si celle-ci a été mise en marche par la partie civile, le juge aura à statuer sur cette requête.

B. — LES ORDONNANCES RELATIVES A LA CONSTITUTION DE LA PARTIE CIVILE.

177. — L'article 63 du C.I.C., que reproduit l'article 86 C.P.P., permettait à toute personne lésée par un crime ou un délit de se constituer partie civile devant le juge d'instruction. Le Code ne déduisait pas les conséquences pratiques de cet acte, aussi la Cour de cassation dut-elle définir les effets juridiques de la constitution de partie civile. Par un arrêt en date du 8 décembre 1906 (13), rendu au rapport du conseiller Laurent-Atthalin, elle décida qu'en pareille circonstance le juge se trouvait saisi et qu'il était de son devoir de conduire une information. Deux problèmes alors se posent : d'une part celui de savoir si le magistrat ne pourra pas, dans certaines conditions, refuser d'informer ; d'autre part, celui d'apprécier le rôle de la consignation qui est demandée à la partie civile.

1. — *Le refus d'informer* (14).

178. — Lorsque le juge est saisi par une constitution initiale de partie civile, peut-il, avant même d'avoir procédé à un acte d'instruction, rejeter cette demande en refusant d'informer ?

Statuant sur l'application de l'article 63 C.I.C. (dont le texte est identique à celui de l'article 85 C.P.P.), la Cour de cassation a estimé qu'il était de l'office du juge d'instruction d'informer sur la plainte de la partie civile, du fait que l'action publique se trouvait déclenchée.

Toutefois, pour ne pas contraindre le magistrat à procéder à des mesures inutiles, un tempérament à cette règle a toujours été admis. Il résulte de l'arrêt Laurent-Atthalin : « l'obligation du juge ne cesse que s'il estime la prévention suffisamment établie pour qu'il soit prononcé selon les articles 129, 130 et 133 du Code d'instruction criminelle, soit que pour des causes affectant l'action publique elle-même les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite, ou que, à les supposer démontrés, ils ne sauraient admettre aucune qualification légale ».

Ainsi, s'il est du devoir du juge d'instruction de procéder à l'information, il ne faut que cela conduise à une absurdité lorsqu'il est patent qu'un fait ne peut être poursuivi ou que l'action est prescrite.

(13) Crim., 8-12-1906 ; D.P. 1907.I.207, B. 443.

(14) Voir BASTIAN, « Le refus d'informer », Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1933, p. 396 et ss ; HUGUENY, « Etudes criminologiques », 1930, p. 391 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 437, 454, 545 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1257 ; DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.*, n° 1346 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 814-7.

La jurisprudence a veillé à l'observation de cette règle. M. Leloir (15) montrait en 1925 l'incidence de cette jurisprudence sur les juges du fond qui l'ont admise (16). La Cour de cassation elle-même eut l'occasion de rappeler souvent ce point de vue (17). S'il est admis que le juge puisse décliner l'offre d'informer qui lui est faite, c'est à condition qu'il ressorte de l'examen de l'affaire que des poursuites ne sont plus possibles soit en raison d'une cause affectant l'action publique elle-même (ainsi en serait-il en cas d'amnistie, d'abrogation de la loi pénale, de décès de l'inculpé ou de prescription) soit lorsque les faits ne tombent pas sous le coup de l'application de la loi pénale.

Pour éviter les abus, la Cour de cassation a tenu à contrôler les motifs du refus d'informer. Elle a constaté que tantôt le juge n'avait procédé à aucun acte d'information, que tantôt le juge s'était contenté des renseignements qui lui avaient été communiqués par le procureur de la République (enquêtes officieuses) : dans les deux hypothèses, la chambre criminelle censura les arrêts des chambres d'accusation qui n'avaient pas relevé l'erreur commise par le juge d'instruction.

179. — Dans la première catégorie, nous pouvons faire figurer un arrêt du 9 janvier 1930, où la Cour de cassation estime qu'une chambre d'accusation aurait dû recevoir l'appel d'une partie civile formé contre une ordonnance du juge d'instruction déclarant n'y avoir lieu à suivre, alors qu'il n'avait procédé à aucun acte d'information. La même situation se présentait dans une affaire, le 25 mars 1947 : non seulement le juge n'avait fait aucun acte, mais encore il n'avait statué que sur un des deux chefs d'inculpation dont il se trouvait saisi.

Plus récemment, la même solution est admise dans un arrêt du 4 décembre 1952 (18) où un juge avait déclaré la prescription acquise sans même procéder à aucune mesure lui permettant de statuer.

Cette règle, d'application générale, a été également consacrée pour les procédures particulières. Certains fonctionnaires, les officiers de police judiciaire notamment, bénéficiaient d'une procédure particulière prévue à l'article 484 C.I.C. (art. 681 C.P.P.) ; en ce cas, le premier président de la Cour d'appel exerce tous les pouvoirs dévolus au juge d'instruction. Dès lors que le premier président n'avait ni

(15) LELOIR, note sous crim., 28-5-1925 ; D.P. 1926.I.121.

(16) Notamment Paris, 9-11-1917 ; D.P. 1919.2.5.

(17) Crim., 17-1-1919, B. 15 ; D.P. 1920.I.39 ; Crim. 8-6-1923 ; D.P. 1923.I.201 ; Crim., 28-6-1924, B. 267 ; Crim., 28-5-1925 ; D.P. 1926.I.121 ; Crim., 1-8-1930, B. 224 ; Crim., 9-1-1930, B. 10 ; D.H. 1930.84 ; Crim., 21-4-1932, B. 109 ; Crim., 5-6-1937, B. 120 ; Crim., 25-3-1947, B. 95 ; Crim., 8-10-1941, D.H. 1942, p. 4 ; Crim., 23-3-1954, B. 114 ; Crim., 9-11-1954, B. 320 ; Crim., 23-12-1955, B. 605 ; Crim., 23-7-1962 ; B. 251 ; J.C.P. 1962.II.12913, note Chambon.

(18) Crim., 4-12-1952, B. 294 ; voir, dans le même sens, Crim., 23-7-1962 ; J.C.P. 1962.II.12913 ; Crim., 18-11-1964, B. 303, p. 639.

instruit ni statué sur une plainte assortie d'une constitution de partie civile, la Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer non-fondé le refus d'informer (19).

Le juge est donc tenu de procéder à certaines investigations mais la Cour de cassation s'est faite exigeante sur la qualité de ces renseignements.

Saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, le juge est tenu de communiquer le dossier au ministère public pour que le procureur de la République produise ses réquisitions (art. 70 al. 1 C.I.C. devenu art. 86 al. 1 C.P.P.). Or, ce magistrat peut être tenté de présenter les arguments qui l'ont incité jusqu'alors à observer une attitude passive, puisqu'il est libre d'apprécier l'opportunité des poursuites (art. 40 al. 1 C.P.P.). Quand un fait parvient à sa connaissance, il fait procéder à une enquête pour déterminer le degré de probabilité des faits allégués. Dès lors, le procureur s'efforce de prouver au magistrat instructeur les raisons qui l'ont incité à ne pas agir. En même temps que son réquisitoire, il donnera communication des enquêtes effectuées. Il est arrivé, dans certains cas, que la connaissance de ces documents a déterminé le juge d'instruction à rendre une ordonnance de refus d'informer.

180. — La Cour de cassation a tenu à contrôler la source des renseignements et a rappelé qu'il appartenait au juge d'instruction de s'informer et non de prendre en considération des éléments recueillis en dehors d'une enquête judiciaire.

Le 28 juin 1924 (20), la chambre criminelle affirme que le juge doit informer même si les faits étaient démentis d'avance par une instruction antérieurement suivie contre d'autres inculpés. Une situation identique était révélée le 9 janvier 1930 (21), dans une espèce où le procureur de la République présentait deux ordonnances de non-lieu, ainsi qu'une enquête officieuse.

Ainsi la seule présentation d'une enquête de police ne saurait autoriser le magistrat à ne pas informer alors que des éléments tirés d'informations antérieures ne peuvent l'en dispenser (22).

Le juge serait, en revanche, bien fondé à refuser d'informer si la partie civile se contentait d'alléguer un préjudice sans rapporter la preuve de son dommage, ni le lien de causalité existant entre le dommage et l'infraction. En réalité, en une telle hypothèse, le juge ne se trouve pas véritablement saisi puisque la partie civile ne remplit pas les conditions légales pour mettre en marche l'action publique. Plus qu'une ordonnance de refus d'informer, le juge rend une ordonnance de non-recevabilité de l'action civile. Telle était l'hypo-

(19) Crim., 23-12-1955, B. 605.

(20) Crim., 28-6-1924, B. 267 ; voir déjà Crim., 5-11-1920, B. 422, p. 674.

(21) Crim., 9-1-1930, B. 10, p. 19.

(22) Crim., 8-10-1941 ; D.H. 1942, p. 4. Voir aussi Crim., 23-3-1954, B. 114, p. 204.

thèse de l'affaire soumise à la chambre criminelle le 9 février 1961 (23), où il a été décidé que le juge d'instruction avait refusé, à bon droit, d'informer dans ces conditions.

181. — La position de la Cour de cassation concernant le refus d'informer peut aisément être expliquée. D'une part, il est veillé à ce que le juge d'instruction soit réellement indépendant pour prendre sa décision. Il ne doit pas suivre l'avis du ministère public qui cherche à décourager les constitutions de partie civile, celles-ci étant la preuve de son inaction.

D'autre part, la Cour de cassation considère que la voie offerte à la victime ne doit pas être fermée de manière irréfléchie, puisque l'ordonnance de refus d'informer aboutit aux mêmes conséquences qu'une ordonnance de non-lieu (24). De plus, même si des éléments nouveaux étaient découverts, la partie civile ne serait pas autorisée à déclencher de nouvelles poursuites. Cette solution, consacrée par un arrêt des chambres réunies (25), a été expressément reproduite à l'article 190 C.P.P. Dans ces conditions, l'ordonnance de refus d'informer apparaît essentiellement juridictionnelle, puisque le juge épuise ses pouvoirs d'instruction en la rendant. C'est ce même caractère que présente l'ordonnance fixant le montant de la consignation.

2. — *L'ordonnance fixant le montant de la consignation.*

182. — Lorsqu'une partie civile se constitue en portant plainte devant le juge d'instruction, ce dernier prescrit la consignation du montant approximatif des frais de justice. De cette manière, les actions ne seront pas intentées trop légèrement, et la collectivité ne supportera pas les frais d'une action déclenchée à l'instigation de la victime.

Quelle nature revêt cet acte relatif à la consignation ? Il peut sembler qu'il ne s'agit là que d'une mesure de bonne administration de la justice. Cette décision, à l'évidence, ne peut servir à la manifestation de la vérité ; elle est destinée à faciliter le recouvrement des frais de justice. De même il peut apparaître qu'il n'existe aucun élément juridictionnel puisque le magistrat ne résout aucun litige.

Si la Cour de cassation n'a jamais été amenée à statuer sur cette question, elle a, en revanche, connu d'une demande relative à un supplément de consignation. Une partie civile soutenait à l'appui de son pourvoi que la prescription n'était pas acquise, le juge d'instruction ayant, pendant le délai, rendu une ordonnance invitant cette partie civile à verser un supplément de consignation. La cour d'appel avait considéré que cet acte n'avait pu interrompre la prescription.

(23) Crim., 9-2-1961, B. 83 ; D. 1961, p. 306 ; J.C.P. 1961.II.12004, rapport COMBALDIEU. Voir également, Crim., 6-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 308, p. 654.

(24) L'action de la victime ne peut plus être exercée devant les juridictions répressives mais uniquement devant les juridictions civiles.

(25) Cass. réunies 29-1-1931, B. 24 ; D.P. 1931.I.89.

La Cour de cassation (26), tout en ne qualifiant pas cette ordonnance d'acte d'instruction, lui reconnut un pouvoir interruptif.

« Attendu que cette ordonnance ne constituait pas un simple acte d'administration judiciaire, qu'elle avait au contraire une valeur juridictionnelle et qu'elle impliquait, en outre, l'intention du magistrat instructeur de poursuivre la recherche des preuves en lui donnant les moyens de le faire sans préjudice pour le Trésor. »

Il était, en effet, difficile d'admettre qu'une somme d'argent pût faciliter la découverte de la vérité. Toutefois cette somme va servir indirectement à cette manifestation : l'instruction pourra suivre son cours puisque le magistrat dispose de moyens matériels. Le caractère juridictionnel de cette ordonnance découle du fait que le juge déclare implicitement se refuser d'informer tant qu'une nouvelle somme ne sera pas déposée.

183. — L'ordonnance de refus d'informer étant juridictionnelle, l'ordonnance prescrivant un supplément de consignation possède ce même caractère juridictionnel. Si l'acte ordonnant un supplément de consignation est juridictionnel, il doit en être de même pour la décision initiale par laquelle le juge invite la partie civile à consigner une certaine somme d'argent.

Faute pour la partie civile de satisfaire cette demande, la plainte n'aura pas plus d'effet que si elle avait été adressée à un officier de police judiciaire, ou au procureur de la République. Le juge, en effet, ne peut commencer à enquêter puisqu'il ne dispose pas des moyens financiers lui permettant de procéder à des actes d'instruction. En quelque sorte, la plainte demeure hors du domaine judiciaire : elle apparaît comme une dénonciation civile, sans fondement.

La partie civile qui désire se constituer doit ainsi faire l'avance des frais : le sérieux de sa demande réside un peu dans son consentement à engager une somme d'argent (27).

Depuis le Code de procédure pénale, cette question ne saurait faire de difficulté. Aux termes de l'article 88 C.P.P. « la partie civile qui met en mouvement l'action publique doit, si elle n'a obtenu l'assistance judiciaire et sous peine de non-recevabilité de sa plainte, consigner au greffe la somme présumée nécessaire pour les frais de

(26) Crim., 8-8-1949, B. 284 ; D. 1949, p. 426. Voir, toutefois, en sens inverse. Crim. 3-10-1962, Bull. Crim., 1962, n° 261, p. 547, qui décide que la demande en versement d'un supplément de consignation n'a pas à être formulée par voie d'ordonnance.

(27) On sait — cependant — que l'exigence de la consignation des frais n'a pas réussi à endiguer dans des limites raisonnables les constitutions de partie civile. La loi du 2 juillet 1931 tenta de mettre un frein, en permettant au procureur de la République de solliciter l'ouverture des poursuites contre X, et en déclarant que la partie civile pouvait être amenée à verser des dommages-intérêts en cas de survenance d'une ordonnance de non-lieu (art. 70 C.I.C. devenu art. 91 C.P.P.).

la procédure. Cette somme est fixée par ordonnance du juge d'instruction ».

Puisque la consignation est considérée comme une condition de recevabilité de la plainte, il ne saurait faire de doute que l'ordonnance du juge en déterminant le montant soit juridictionnelle. Cet acte équivaut à une acceptation d'informer sous la condition résolutoire du versement de la somme au greffe.

184. — Cette analyse peut d'ailleurs être corroborée par la situation inverse. Lorsqu'une partie civile, après avoir déposé une plainte et consigné une somme d'argent, retire la consignation, son acte constitue une plainte pure et simple qui n'aura pas d'incidence sur la procédure. C'est ce qu'a décidé la chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 23 janvier 1923 (28) : le retrait de la somme prouvait suffisamment la renonciation de la partie civile à sa constitution. Dès lors, aucun effet ne pouvait être reconnu à cette plainte pour interrompre la prescription.

La consignation confère, donc, un effet essentiel à la plainte. L'ordonnance qui en détermine le montant est juridictionnelle puisqu'elle permettra au juge d'instruction de mettre en œuvre ses pouvoirs. C'est d'ailleurs ce que relevait l'annotateur de l'arrêt de 1923 en ces termes : « la consignation d'une somme est une condition de la recevabilité, de la validité de la plainte ». Cette solution figure expressément à l'article 88 C.P.P.

Assimilable à une décision de refus d'informer, l'ordonnance fixant le montant de la consignation apparaît aussi comme une ordonnance statuant sur la recevabilité de l'action civile (29).

En acceptant de fixer une somme, le juge a déjà reconnu que la partie civile était apte à intervenir pour mettre en marche l'action répressive. La consignation constitue donc un stade de la recevabilité de l'action de la victime.

C. — L'ORDONNANCE STATUANT SUR LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION DE LA PARTIE CIVILE.

185. — Très souvent, le juge d'instruction est amené à statuer sur la recevabilité de l'action d'une partie civile en début de procédure. C'est le cas lorsque la partie civile se constitue devant le juge d'instruction. Le juge peut, d'ores et déjà, refuser d'informer lorsque les conditions ne se trouvent pas remplies. Mais il arrive aussi qu'une partie civile se constitue une fois l'action publique déclenchée, en intervenant dès le début de la procédure. Une ordonnance concer-

(28) Civ. 23-1-1923 ; D.P. 1923.I.23.

(29) Il en serait différemment du supplément de consignation, ainsi que l'atteste l'arrêt rendu le 3-10-1962 (B. n° 261, p. 547) par la chambre criminelle. Voir les observations de M. Robert, Rev. Sc. crim., 1963, p. 121, et de M. Doll, J.C.P. 1963.II.12992.

nant la recevabilité de cette action est rendue, dès le début de la procédure.

De nombreux intérêts imposent que cet acte intervienne le plus tôt possible. Si l'action publique est déclenchée par la partie civile, le juge d'instruction a le devoir d'examiner attentivement la demande de la partie civile pour éviter qu'une action ne soit engagée par une personne sans qualité pour agir.

De même, l'inculpé a souvent intérêt à écarter les constitutions de partie civile : outre qu'il ne sera pas condamné à des réparations civiles, la présence de ces victimes peut faciliter la manifestation de la vérité.

186. — Si la partie civile, par sa plainte, met en mouvement l'action publique, le juge doit, au plus tôt, constater que sa saisine est régulière. En l'absence de disposition du Code d'instruction criminelle sur ce point, la Cour de cassation a été amenée à préciser les limites du devoir du juge (30).

Si le juge saisi d'une plainte assortie d'une constitution de partie civile a le devoir d'informer, « cet effet ne se produit que si la constitution de partie civile est régulière et recevable. L'ouverture de l'information étant subordonnée à cette recevabilité, il appartient au juge d'instruction de procéder à une vérification sur ce point ; en le faisant, il exerce un pouvoir qui lui appartient ».

La jurisprudence n'est pas très fournie sur ce point. D'une manière générale, cette constatation révèle le peu de hardiesse des magistrats instructeurs pour déclarer irrecevable l'action de la partie civile. Cette situation peut également résulter de ce que le juge a rendu une ordonnance de refus d'informer. Il convient, en outre, de remarquer que l'appréciation des différentes conditions pour que l'action civile soit fondée, peut être très délicate, et l'on comprend, dès lors, que le juge d'instruction, juge unique, s'efforce d'adopter une attitude prudente (31).

La Code de procédure pénale n'a pas apporté de modification sensible à la situation antérieure.

(30) *Crim.*, 8-6-1923, B. 231 ; *D.P.* 1923.I.201, note Leloir.

(31) Pour se rendre compte de la difficulté de la question, il n'est que de constater la position de la Cour de cassation relativement à la recevabilité de l'action civile (attitude restrictive pour admettre l'action des groupements. Ainsi, en matière d'infractions économiques : *Crim.*, 5-11-1959 ; *D.* 1960, p. 80). Un problème pourrait se poser lorsque le juge d'instruction saisi par une constitution de partie civile renvoie la procédure devant une juridiction de jugement, si cette dernière déclare l'action civile irrecevable. Quel sera alors le sort de l'action publique ? Il semble que celle-ci puisse être poursuivie. En ce sens, *Crim.*, 5-4-1924, B. 163 (la solution serait différente si la partie civile avait utilisé la procédure de la citation directe ; cf. *Crim.*, 5-11-1909, B. 498 ; *Crim.*, 4-3-1911, B. 129 ; *Crim.*, 25-7-1913, B. 374 ; *Crim.*, 8-12-1917, B. 260). En outre, consulter la note de M. CHAVANNE (*J.C.P.* 1952.II.7339) et le rapport de M. PATIN, dans l'affaire Flandin (*D.* 1953.109).

Lorsqu'une victime se constitue partie civile, le juge d'instruction doit communiquer le dossier au procureur de la République pour que ce dernier prenne ses réquisitions. Il ne pourra saisir le juge d'instruction de réquisitions de non-informer que si « pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite, ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale » (art. 86 al. 3 C.P.P.).

La circulaire prise pour l'application du Code de procédure pénale montre que cette disposition ne peut nuire à l'intérêt de la justice pénale. Le juge répressif ne doit, en effet, connaître que d'affaires susceptibles d'aboutir au prononcé d'une condamnation pénale. Le rôle du juge répressif doit être à l'abri des pseudo-parties civiles qui recherchent principalement des preuves pour fonder une action à fin civile. Le juge d'instruction n'a pas à se prêter à un tel manège, en accordant aux particuliers les moyens réservés à la vindicte publique.

187. — Aussi l'article 87 du C.P.P., après avoir autorisé la constitution de partie civile, prévoit que la recevabilité de cette action pourra être contestée par le ministère public, l'inculpé ou toute autre partie civile. En pareille hypothèse, le juge d'instruction communique la procédure au procureur de la République, pour obtenir ses réquisitions.

Dans la rédaction première du Code de procédure pénale, il était possible de se demander si le juge d'instruction pouvait d'office prendre une telle décision. L'article C. 184 de la circulaire n'hésitait pas à pencher pour l'affirmative, malgré la rédaction restrictive de l'article 87 : « Il semble que le juge d'instruction saisi d'une constitution de partie civile abusive peut aussi l'écarter d'office. » On pouvait penser que cette situation intervienne rarement, étant donné qu'une autre partie civile, le ministère public ou même l'inculpé, tenteront d'écarter du procès une personne qui n'a pas à connaître la procédure suivie.

Pour éviter toute difficulté, l'ordonnance du 4 juin 1960 a modifié le 3^e alinéa de l'article 87 C.P.P., et prévu que le juge d'instruction peut, d'office, déclarer irrecevable la constitution de partie civile. A la vérité, même sous l'empire du texte antérieur, une telle solution aurait été possible. Mais il est intéressant de noter que la modification législative a précisé que l'ordonnance du juge devait être motivée. Par cette exigence, il semble que l'on veuille faire échec à une absence de motivation des décisions. Cette innovation permettra à la juridiction du deuxième degré d'exercer un contrôle plus approfondi sur l'acte du juge, puisqu'une voie de recours est ouverte aux parties contre cette décision. L'inculpé pourra agir en vertu de l'article 186 al. 1 C.P.P., le ministère public a la possibilité de recourir à l'encontre de toute ordonnance du juge, quelle que soit sa nature ; la partie civile, enfin, pourra invoquer que cette ordonnance fait grief à ses intérêts civils.

188. — Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 9 février 1961 (32), témoigne de la réalité de cette catégorie d'ordonnance. Une partie civile prétendait déclencher des poursuites, mais elle ne faisait qu'alléguer le préjudice subi. Elle déclarait vouloir apporter la preuve de ses prétentions une fois la procédure judiciaire ouverte. Le juge d'instruction n'admit pas ce raisonnement et refusa de mener l'enquête. La Cour de cassation approuva le juge en motivant longuement sa décision.

Si l'on admettait que de simples allégations puissent suffire pour l'ouverture d'une enquête, on autoriserait, alors, tout citoyen à se substituer au ministère public. Or tel n'est pas le sens de l'article 85 du C.P.P. Ce qui permet d'agir devant le juge d'instruction, c'est le fait que la victime a été lésée par une infraction. Le dommage, seul, autorise et conditionne l'intervention de la partie civile. Il appartient donc à celle-ci de rapporter l'existence de son préjudice et la preuve du lien de rattachement à une infraction pour que son action soit déclarée recevable devant le juge d'instruction (33).

Dans ces conditions, faute pour la prétendue victime de justifier de son préjudice, le juge d'instruction devait refuser d'instruire puisque l'action civile n'était pas recevable.

Cette solution nous paraît conforme aux principes qu'il convient d'admettre. Logiquement, c'est pour obtenir la réparation du préjudice que la victime agit, encore doit-elle présenter ce préjudice. On ne saurait admettre qu'une sorte de dénonciation civique puisse mettre en marche l'action de la justice. Celle-ci ne doit mettre en cause des individus que dans la mesure où une première certitude existe.

L'ordonnance concernant la recevabilité de l'action civile intervient fréquemment lors de la constitution initiale — et est parfois rendue sous le nom d'ordonnance de refus d'informer. Elle peut également se présenter en cours d'instruction. Le plus souvent, le ministère public déclenche l'action publique, et la partie civile s'adjoit au ministère public. L'ordonnance du juge n'aura pas lieu au début de la procédure, mais en cours de procédure.

§ 2. — Les actes juridictionnels accomplis en cours d'instance.

189. — Certains des actes que nous avons déjà analysés peuvent ne se produire qu'au cours de l'instance. Il en est ainsi quand le juge d'instruction apprend, par les investigations ordonnées, que l'auteur

(32) Crim., 9-2-1961, B. 83 ; D. 1961, p. 306 ; J.C.P. 1961.II.12004 et le rapport du conseiller COMBALDIEU. Voir également dans le même sens, Crim., 6-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 308, p. 654 ; Crim., 17-11-1964, B. 300 ; J.C.P. 1965.II.14052.

(33) Voir en ce sens, Paris, 19-6-1963 ; J.C.P. 1963.II.13397, note A.P. ; Crim., 16-3-1964 ; J.C.P. 1964.II.13744, note A.P. qui déclare recevable l'action, même si la réparation du préjudice obéit à des règles propres. En toute hypothèse, le caractère réparable du préjudice est étranger à l'information. De même Crim., 6-10-1964 ; Bull. crim., 1964, n° 256, p. 549.

de l'infraction est un mineur. En ce cas, il se dessaisit au profit du juge des enfants qui est plus à même que lui pour mener l'enquête. De même, l'ordonnance par laquelle le juge statue sur sa compétence peut intervenir en cours d'instance. Enfin, l'ordonnance relative à la recevabilité de l'action de la partie civile peut se situer au cours du déroulement de l'instance.

En revanche, certains actes sont spécifiquement accomplis en cours de procédure. C'est le cas, notamment, des décisions relatives à la détention préventive : qu'elle soit ordonnée, prolongée ou supprimée. Les problèmes particuliers que soulèvent ces actes ont déjà fait l'objet d'une étude distincte.

190. — En définitive, les actes juridictionnels qui interviennent exclusivement en cours d'instance sont au nombre de quatre : l'expertise, l'ordonnance de restitution, l'ordonnance condamnant un témoin à l'amende et l'ordonnance de soit-communiqué préalable au réquisitoire définitif du procureur de la République.

Parmi ces actes, l'ordonnance portant condamnation du témoin à l'amende ne nous retiendra pas longtemps. C'est qu'en effet, le caractère juridictionnel de cette ordonnance ne fait aucun doute. Le juge d'instruction prononce, en ce cas, une amende qui normalement relèverait de la juridiction du juge d'instance. Il s'agit là d'un pouvoir traditionnel du juge d'instruction, que le Code d'instruction criminelle avait déjà admis (art. 80 C.I.C.), et dont le Code de procédure pénale a accentué le caractère juridictionnel. Le juge d'instruction a toujours la faculté de rapporter sa décision lorsque le témoin comparaît ultérieurement (art. 81 C.I.C. devenu art. 109 al. 2 C.C.P.), et, en outre, le témoin se voit attribuer désormais une voie de recours. Aux termes de l'article 109 al. 3 il dispose d'un délai de trois jours pour faire appel devant la chambre d'accusation.

Beaucoup plus délicate apparaît la qualification des trois autres actes, et c'est la raison pour laquelle nous allons procéder à une étude plus complète de chacun d'eux.

A. — LES DÉCISIONS DU JUGE D'INSTRUCTION RENDUES A PROPOS DE L'EXPERTISE (34).

191. — L'expertise est un acte ordonné par une juridiction d'instruction ou une juridiction de jugement, lorsqu'il est nécessaire de procéder à des constatations ou des analyses pour lesquelles le magistrat ne possède pas les connaissances techniques requises.

Cet acte a toujours présenté un caractère particulier. Le juge, en effet, confie à un technicien une certaine mission. Il est l'auteur de la décision permettant cette recherche et, cependant, il n'est pas lié

(34) DONNEDIEU de VABRES, *op. cit.*, n° 1248 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 728 ; VITU, *op. cit.*, p. 223 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1192 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 519 et ss. ; AYDALOT, « L'expertise », Rec. Droit Pénal, 1958, pp. 41 et 82.

par les conclusions déposées par les experts (35). On conçoit mal que le magistrat ne suive par les conclusions élaborées par les experts, puisque, par définition, le juge ignore la matière et s'estime incompetent pour en apprécier les éléments.

L'expertise est donc une mesure d'instruction qui exige un soin particulier, cet élément pouvant exercer un rôle important dans la preuve de l'infraction. Des affaires récentes ont révélé aussi les imperfections que recélaient les expertises.

192. — Déjà, lors de la discussion du projet de Code de procédure pénale devant les Assemblées parlementaires, la question était apparue dans sa complexité au point que les articles consacrés à l'expertise avaient été réservés.

Divers projets possibles furent présentés : expertise contradictoire, expertise contrôlée. Le 31 décembre 1957, le Parlement adoptait un système qui laissait au juge toute liberté pour le choix des experts. Mais avant l'entrée en application de ce texte, l'ordonnance du 23 décembre 1958, en modifiant l'article 156 al. 2 C.P.P., prévoyait que l'expertise serait en principe confiée à deux experts. Après une année d'application, ce système apparut trop lourd : dans certains cas il n'était pas nécessaire de commettre deux experts, dans d'autres cela pouvait s'avérer difficile.

L'ordonnance du 4 juin 1960 chercha à réaliser un juste milieu. Deux domaines doivent être distingués selon que l'expertise porte ou non sur le fond. Si l'expertise porte sur le fond, deux experts doivent être désignés, un seul suffisant pour tous les autres cas (art. 159 al. 1 et 2 C.P.P.). Certes, quelques conflits pourront surgir lorsqu'il s'agira de déterminer si la matière est relative au fond ou non. Mais, dans l'ensemble, cette solution paraît satisfaisante.

La Cour de cassation a décidé, par plusieurs arrêts (36), qu'il fallait entendre par expertise concernant le fond de celle qui a trait à la preuve du délit. Ainsi il ne pourra plus guère se produire de difficultés relativement à la définition du « fond ». Avant d'examiner les diverses ordonnances qui peuvent être rendues en matière d'expertise, il nous semble nécessaire d'exposer brièvement les solutions antérieurement dégagées par la jurisprudence.

193. — Aux premiers temps de l'application du Code d'instruction criminelle, l'expertise ne connaissait pas le développement qu'elle possède aujourd'hui. Le texte dont on se servait pour fonder cet acte était l'article 44 C.I.C. L'acte accompli dans ces conditions était un acte d'instruction, au même titre que tous les autres actes prescrits par le juge d'instruction. L'essor que devait connaître la police scien-

(35) Voir, à cet égard, Crim., 6-12-1962, B. 1962 n° 363, p. 748 ; Crim., 11-3-1964, B. 1964, n° 78, p. 202.

(36) Crim., 8-12-1960, B. 580 et Crim., 1-3-1961, B. 129. Voir aussi Crim., 27-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 336, p. 709 ; G.P., 1964, sommaires du 28-3-1964.

tifique aboutit à un accroissement du nombre des expertises, sans que pour autant la qualification de cet acte s'en trouve modifiée.

L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 devait amener une certaine hésitation. L'article 10 de cette loi prescrivait la communication immédiate de toute ordonnance du juge au conseil de l'inculpé ; et la circulaire de la Chancellerie, après avoir indiqué qu'il ne fallait communiquer que les ordonnances juridictionnelles, donnait quelques exemples d'ordonnances soumises à l'article 10. Dans cette liste énumérative figure l'ordonnance prescrivant une expertise.

Les juridictions du fond furent impressionnées par cette prise de position. Pour ne pas encourir la censure de la Cour de cassation, elles reconnurent le caractère juridictionnel à l'ordonnance prescrivant l'expertise. Rationnellement, cette attitude peut être défendue, car si la formalité n'était pas nécessaire, on ne pouvait reprocher aux juges d'avoir octroyé des garanties supplémentaires aux parties.

194. — Dans un arrêt du 8 juin 1898 (37), la cour d'appel de Lyon estime que toute ordonnance du juge, notamment celle qui commet un expert, doit être immédiatement portée à la connaissance du conseil de l'inculpé. M. Lanzac de Laborie approuvait cette décision, car il ne fallait pas restreindre l'application de la loi de 1897 aux seuls actes juridictionnels : tout acte du juge contenant un ordre devait être porté à la connaissance de l'inculpé. Cette position, trop respectueuse des droits de la défense, puisqu'en définitive les recherches du juge auraient été vouées à l'échec, était inspirée par le projet gouvernemental introduisant la contradiction au sein de la procédure d'instruction.

Le tribunal de la Seine adoptait une solution différente (38). L'obligation de notifier les ordonnances du juge d'instruction ne s'applique qu'à celles qui ont un véritable caractère juridictionnel. Ainsi la commission d'un expert ne rentre pas dans cette catégorie et un prévenu ne peut se prévaloir de la notification tardive de cet acte. L'annotateur, bien qu'il soit d'un avis différent, reconnaissait au jugement le mérite d'avoir été logique. Déjà la Cour de cassation avait fait connaître ce qu'il fallait entendre par le terme d'« ordonnance », c'est-à-dire en prenant parti pour l'acte juridictionnel. Dès lors, l'ordonnance commettant un expert n'a pas cette qualité et il ne convient pas d'en faire la communication.

D'ailleurs, cette communication ne serait intéressante que dans la mesure où les parties peuvent influencer le choix des experts. Dans certains cas, l'expertise n'exerce aucune incidence sur le déroulement de la procédure et il ne serait pas nécessaire de communiquer cet acte (39). La cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement du

(37) Lyon, 8-6-1898 ; D.P. 1898.II.489.

(38) Seine, 26-1-1899 ; D.P. 1899.II.40.

(39) C'est une idée analogue qui est à l'origine de la dernière modification intervenue en matière d'expertise (art. 159 C.P.P.) : distinction entre l'expertise relative au fond et les autres.

tribunal de la Seine (40). Saisie à son tour du problème, la Cour de cassation devait trancher cette importante question de qualification, par un arrêt du 5 janvier 1901 (41) rendu après délibération en la chambre du conseil.

195. — Le conseiller Boyer, dans son rapport, présentait les diverses thèses en présence, et, après les avoir appréciées, indiquait sa préférence pour une solution d'espèce tirée de l'urgence des constatations.

L'avocat général Feuilleux, en revanche, demandait un arrêt de principe, et exposait de manière convaincante les arguments qui l'incitaient à reconnaître comme un acte d'instruction pur et simple l'ordonnance désignant un expert. En effet, l'acte d'instruction est « un acte par lequel le juge recherche une preuve, soit qu'il accomplisse ces actes lui-même, soit qu'il les fasse exécuter par un tiers ou qu'il délègue ses pouvoirs ». L'ordonnance, en revanche, est l'acte par lequel le juge dit le fait et le droit applicable au fait. Dans ces conditions, M. Feuilleux conclut que l'ordonnance par laquelle le juge désigne un expert est un acte de recherche de la preuve, « que le juge pourrait accomplir lui-même s'il avait le temps ou les capacités nécessaires pour le faire ». Aucune différence n'existe entre la constatation effectuée par le juge et celle accomplie par l'expert. Devant cette argumentation très forte, la Cour de cassation ne pouvait guère que l'adopter.

« Les ordonnances qui désignent des experts n'ont pas le caractère juridictionnel, et dès lors la notification immédiate ... n'est pas obligatoire. » Un mois plus tard, la Cour de cassation retenait la même solution, qui devait figurer ultérieurement dans de nombreux arrêts (42).

Malgré la stabilité de la solution donnée et pour annoncer les modifications intervenues avec le Code de procédure pénale, nous présenterons l'expertise à la fois sous son aspect d'acte d'administration et aussi sous son aspect d'acte de juridiction.

196. — Si l'expertise est un acte d'instruction parce qu'elle permet la recherche de la preuve, elle possède certains aspects qui ne sont pas sans évoquer les commissions rogatoires. Déjà l'avocat général Feuilleux comparait les deux institutions en montrant que l'expertise n'est qu'une sorte de commission rogatoire adressée à un expert. C'est probablement une idée très voisine qui a incité M. Levasseur à rapprocher ces deux actes (43).

(40) Paris, 7-3-1899 ; D.P. 1901.2.88.

(41) Crim., 5-1-1901, B. 8 ; D.P. 1901.I.113.

(42) Crim., 16-2-1901, B. 56 ; D.P. 1901.I.288 ; Crim., 5-12-1902, B. 378 ; Crim., 29-11-1907, B. 482 ; D.P. 1910.I.437 ; Crim., 27-12-1907, B. 523 ; Crim., 24-2-1911, B. 111... Crim., 16-2-1951, B. 53 ; Crim. 1-3-1951, B. 68.

(43) LEVASSEUR *in* STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 694.

Une telle conception peut aisément s'expliquer. La commission rogatoire est une délégation du juge d'instruction pour un acte que ce dernier ne peut accomplir. Il en est de même pour l'expertise, le juge ne peut effectuer un tel acte parce qu'il lui manque les connaissances scientifiques ou techniques nécessaires. La délégation à un expert ne paraît donc pas tellement différente d'une mission confiée à un officier de police judiciaire en vue de procéder à telles recherches ou d'entendre des témoins. Aussi, l'ordonnance commettant un expert posséderait un double caractère: par certains aspects c'est un acte d'administration, par d'autres c'est un acte d'instruction.

197. — Puisque c'est un acte d'administration, le juge peut retirer la délégation confiée à tel expert, en raison d'une bonne administration de la justice (44). Mais l'expertise ne peut être totalement assimilée à une commission rogatoire. Ainsi, jamais un expert n'a été autorisé à déléguer ses pouvoirs à une autre personne. Cette solution, déjà admise dans un arrêt du 30 juin 1932 (45), a été réaffirmée par la Cour de cassation le 14 juin 1957 (46). Un expert ne peut déléguer à un tiers des pouvoirs qui lui ont été confiés sous peine d'annulation de l'expertise. C'est donc que l'expertise ne procède pas du même mécanisme que la commission rogatoire. La désignation de l'expert s'effectue en fonction de sa personne même.

De ce caractère, l'on serait tenté de déduire que l'expertise possède une force probante supérieure. Mais, il n'en est rien, c'est une constatation parmi d'autres qui peut déterminer la conviction du juge (47). En réalité, l'expertise déroge aux principes de la commission rogatoire du point de vue du caractère administratif ; il en est de même quant à son aspect d'acte d'instruction.

198. — En principe, un acte d'instruction comporte un certain formalisme, nécessaire pour la régularité de son accomplissement.

Dans le cadre de la commission rogatoire, les actes effectués demeurent des actes d'instruction, et la Cour de cassation a veillé à ce que les mêmes règles soient suivies (48). L'officier de police judiciaire doit observer les formes prévues pour le juge d'instruction. Si l'expertise était assimilée à une commission rogatoire, ces principes devraient être suivis.

Telle n'a, cependant, pas été la solution adoptée par la Cour de cassation. Par un arrêt du 6 juillet 1905 (49), il est admis que l'expert commis n'est pas astreint, lorsqu'il demande des renseignements à

(44) Telle était l'hypothèse de l'arrêt de Crim., 15-1-1915, B. 30.

(45) Crim., 30-6-1932, B. 161.

(46) Crim., 14-6-1957, B. 494.

(47) Voir notamment, Crim., 27-4-1912, B. 235.

(48) Voir chapitre 1^{er} de cette partie, n° 62, et les arrêts de la Cour de cassation, 12-6-1952 ; J.C.P. 1952.II.7241 ; Crim., 22-1-1953 ; J.C.P. 1953.II.7456 et Crim., 24-7-1961, B. 353.

(49) Crim., 6-7-1905, B. 336.

l'inculpé, à l'observation du formalisme prévu pour les interrogatoires par la loi du 8 décembre 1897. La solution est donc différente de celle qui avait été consacrée pour l'exécution d'une commission rogatoire (50). Par ailleurs, lorsqu'un officier de police judiciaire est délégué pour certaines opérations, les actes accomplis ont pour effet d'interrompre la prescription (51).

Les opérations d'expertise ne présentent pas cet effet. La Cour de cassation, par un arrêt du 7 juin 1934 (52) a, en effet, décidé que l'expert, dans l'accomplissement de sa mission, n'effectuait pas des actes d'instruction. En revanche, serait un acte d'instruction la constatation par le juge du dépôt d'un rapport d'expertise (53).

Ainsi, l'expertise ne peut être assimilée pleinement à une délégation de pouvoirs par le juge, délégation analogue à une commission rogatoire. Cet acte présentait aussi certains aspects d'un acte juridictionnel.

199. — Lorsque la demande d'expertise est adressée à une juridiction de jugement, par une des parties, le juge doit motiver le rejet de la demande en s'appuyant sur les éléments de la cause (54). D'autre part, la Cour de cassation a reconnu au jugement ordonnant une expertise le caractère interlocutoire (55).

Ainsi l'expertise n'est pas seulement une mesure d'instruction puisque des voies de recours peuvent être exercées à l'encontre de la décision d'expertise, en dehors de la décision définitive.

L'expertise n'a donc pas conservé le caractère simple qu'elle présentait dans l'arrêt du 5 janvier 1901. Proche de la commission rogatoire, sans pour autant suivre totalement le même régime juridique, l'expertise est devenue l'objet de controverses.

Un grand nombre d'affaires nécessitent, cependant, l'intervention d'experts. La criminalité a évolué : de rurale elle est devenue urbaine, d'élémentaire elle est devenue organisée (56). Le juge d'instruction ne peut posséder toutes les connaissances : l'expertise est nécessaire en matière médicale, elle s'impose aussi dans le domaine fiscal et financier.

(50) Le Code de procédure pénale consacre une solution inverse : en principe l'expert doit suivre les règles de l'interrogatoire, sauf renonciation de l'inculpé (art. 164 C.P.P.). Voir, à cet égard, Paris, 30-4-1963 ; D. 1964, som. p. 26 ; Crim., 10-10-1963 ; J.C.P. 1964.II.13464 et la note Chambon.

(51) Voir ainsi Crim., 10-4-1959, B. 205.

(52) Crim., 7-6-1934, B. 109 ; S. 1963.I.273, note Hugueney. Voir encore Crim., 16-3-1964, Bull. Crim., 1964, n° 97, p. 218 ; G.P. 1964.II.6.

(53) Crim., 11-1-1940, B. 5.

(54) Voir crim., 12-6-1846 ; D.P. 1846.4.177 et Crim., 17-4-1874 ; D.P. 1875.I.238.

(55) Crim., 25-6-1880, B. 132 ; Crim., 25-4-1885, B. 124.

(56) Sur ces problèmes, voir KINBERG, « Les problèmes fondamentaux de la criminologie », SZABO, « Crimes et villes », et les traités de criminologie, notamment BOUZAT et PINATEL, Tome III : de GREEF, « Introduction à la criminologie ».

Cette importance de l'acte, ainsi que les erreurs, les imperfections manifestées par la pratique judiciaire, ont incité le législateur du Code de procédure pénale à réglementer de manière précise cet acte.

200. — La commission d'études pénales législatives avait envisagé un texte qui subit de nombreuses modifications avant de devenir la loi du 31 décembre 1957. Le système de l'expertise contrôlée, facultative, était consacré. En principe un seul expert est désigné, mais l'inculpé ou son conseil a la possibilité de choisir un autre expert qui sera désigné par le juge d'instruction (art. 159 al. 4).

L'expertise pouvait désormais donner lieu à de nombreuses ordonnances. Il y a tout d'abord la décision d'expertise que le juge prend d'office ou à la requête des parties (art. 159 al. 1). Cette ordonnance devait être notifiée au ministère public et aux parties, mais elle n'était pas susceptible d'appel. La notification avait pour but d'autoriser les parties à formuler leurs observations en la forme gracieuse, observations qui pouvaient porter à la fois sur le choix des experts et sur leur mission. Dans l'hypothèse où l'inculpé utilisait la faculté d'obtenir la désignation d'un deuxième expert, le juge pouvait s'y refuser par ordonnance motivée si l'expert proposé ne figurait pas sur les listes officielles. Cette dernière ordonnance était susceptible d'appel de la part de l'inculpé.

Lorsque les experts ont accompli leur mission, et déposé leur rapport, le juge d'instruction doit prévenir les parties du dépôt de ce rapport, selon la forme utilisée pour les convocations à un interrogatoire. Le juge entend alors leurs observations, et fixe un délai pendant lequel les parties pourront solliciter un complément d'expertise ou une contre-expertise. Si le juge rejette ces demandes, il doit motiver son ordonnance qui sera susceptible d'appel (art. 167 al. 2 C.P.P. 1957). Enfin, le juge peut rejeter toute demande d'expertise du moment qu'il motive sa décision. Toute ordonnance de rejet est susceptible de faire l'objet d'une voie de recours.

Au lieu de l'acte d'instruction assez simple, la loi du 31 décembre 1957 a introduit au sein de l'expertise de nombreuses causes de contestations. Pour mieux marquer le caractère juridictionnel de certaines décisions, la loi a exigé la motivation de l'ordonnance. Des voies de recours sont, de plus, ouvertes aux parties contre certaines ordonnances du juge.

201. — Mais, avant même l'entrée en vigueur de ces textes, l'ordonnance du 23 décembre 1958, qui a complété le Code de procédure pénale, substituait une nouvelle réglementation de l'expertise.

Pour éviter des difficultés aux juges d'instruction sans diminuer les garanties accordées, l'expertise est en principe, menée conjointement par deux experts. De nombreuses ordonnances peuvent toujours être rendues à propos de l'expertise.

Les parties peuvent faire appel de l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction refuse de faire droit à une demande d'expertise.

En revanche, les parties peuvent seulement présenter des observations au magistrat en la forme gracieuse, quand satisfaction leur est donnée. Demeurent sans changement les ordonnances relatives aux compléments d'expertise ou aux contre-expertises.

Les inconvénients de la nomination obligatoire de deux experts apparurent très rapidement. L'expertise se révéla à la pratique un mécanisme lourd et coûteux, surtout pour de petites affaires. L'ordonnance du 4 juin 1960 tenta de remédier à ce défaut.

Aux termes de l'article 156, le juge d'instruction peut ordonner une expertise d'office ou à la demande des parties. Le magistrat, dans ce cas, n'est plus tenu d'effectuer la notification prévue à l'article 159 al. 1 ancien. Cette notification, d'ailleurs, avait un caractère insolite : le juge devait l'effectuer aux parties elles-mêmes et au ministère public (57). Elle permettait aux parties de présenter dans les trois jours leurs observations en la forme gracieuse. L'expert ne pouvait commencer ses investigations qu'à l'expiration du délai, sauf en cas d'urgence. Dilatoire, cette procédure apparaissait aussi inefficace. Le juge n'était pas tenu de répondre aux observations par une ordonnance, et le juge d'instruction aurait pu passer outre, impunément. La suppression de ce formalisme inutile s'imposait.

Si le juge saisi d'une demande d'expertise refuse d'y faire droit, l'ordonnance devra être motivée (art. 156 al. 2). Il en sera de même dans l'hypothèse du refus d'une expertise complémentaire ou d'une contre-expertise (art. 167 al. 2 C.P.P.).

Enfin, depuis l'ordonnance du 4 juin 1960, il faut distinguer deux catégories d'expertises selon qu'elles portent sur le fond ou non (art. 159 C.P.P. nouveau). Dans le premier cas, la nomination de deux experts est obligatoire (art. 159 al. 1), tandis que dans l'autre un seul suffit (58). Toutefois, même pour des expertises relatives au fond, le législateur a autorisé la désignation d'un seul expert à titre tout à fait exceptionnel (59). Il pouvait être difficile, pour certaines spécialités, de trouver deux personnes compétentes, aussi ne fallait-il pas que le formalisme entrave le cours de la justice.

Pour éviter que le magistrat n'utilise trop fréquemment cette exception, une procédure particulière doit être suivie. Le juge doit prévenir de son intention les parties, au moyen d'une lettre recommandée. Un délai de 48 heures leur est accordé pour présenter leurs observations. Le juge ensuite prendra sa décision au moyen d'une ordonnance motivée, susceptible d'une voie de recours (art. 186 al. 3). En cas d'urgence, le juge peut désigner immédiatement l'expert unique

(57) Généralement la notification est faite aux conseils des parties et n'est jamais prescrite pour le ministère public qui peut toujours obtenir la communication du dossier.

(58) Voir *supra*, les arrêts cités au n° 192.

(59) Voir, à cet égard, Crim., 20-2-1963 ; J.C.P. 1963.II.13392, note Chambon.

qui procèdera aux premières opérations sans que la notification ait eu lieu (60).

202. — En dehors de ces trois ordonnances susceptibles de voies de recours, le juge peut rendre deux actes contre lesquels l'appel n'a pas été prévu. L'article 157 al. 3 concerne l'hypothèse où le juge désirerait désigner un expert en dehors des listes prévues. Les juridictions ne sont pas tenues de choisir uniquement à l'intérieur de ces listes, mais chaque fois qu'elles désigneront un expert hors de ces tableaux, leur décision devra être motivée. Il en est ainsi pour le juge d'instruction (61).

Par ailleurs, dans le dessein d'accélérer le déroulement des expertises, le Code de procédure pénale a prévu que toute décision nommant un expert devait contenir le délai imparti pour l'exécution de la mission. Des lenteurs avaient été dues bien souvent à l'insouciance des experts (62). Mais l'expert peut avoir besoin d'un délai plus long pour mener à son terme la mission confiée. Pour ne pas encourir de sanction pour non-dépôt de rapport dans le délai, sanction disciplinaire pouvant aboutir à la radiation des listes d'experts, l'expert peut solliciter du juge la prolongation du délai. Dans ce cas, la décision du juge émanera d'une ordonnance motivée (art. 161 al. 2 C.P.P.).

Dans toutes ces hypothèses d'ordonnances, la loi n'a pas précisé la nature des actes. Faut-il considérer que ce sont des actes d'instruction, ou bien des actes de juridiction ? De la solution donnée à ce problème dépendra le régime de ces actes.

203. — Il importe, tout d'abord, de constater que la décision par laquelle le juge ordonne l'expertise demeure un acte d'instruction (63). Le juge estime opportun d'ordonner cet acte en vue de parvenir à la connaissance de la vérité, et les parties ne peuvent se faire grief de ce que le juge procède aux différents actes de son office. Si elles avaient sollicité un tel acte, elles ne sauraient être admises à le critiquer (64).

Pour manifester cet aspect d'acte d'instruction nous pourrions également tirer argument de la suppression de la procédure de la notification qui, cependant, n'emportait aucune conséquence puisque le juge pouvait ne pas en tenir compte et que les parties ne disposaient d'aucune voie de recours.

(60) Il nous semble que l'urgence pourra consister dans le dépérissement matériel de la preuve — ou sa transformation. Il en serait de même en cas de péril de mort de la victime.

(61) Voir Crim., 3-3-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 79, p. 182.

(62) Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 7-6-1934 (B. 109), une expertise avait duré plus de trois ans, en sorte que la prescription avait eu le temps d'intervenir. De même dans l'affaire du 16 mars 1964 (G.P. 1964.II.6).

(63) Voir, à cet égard, Crim., 24-11-1887, B., n° 395, p. 621.

(64) Le procureur de la République, toutefois, a été admis à critiquer une ordonnance rendue conformément à ses réquisitions (Crim., 15-11-1956, B. 753).

C'est que la décision ordonnant une expertise demeure un acte d'instruction, et aucune des parties au procès n'a jamais pu empêcher le juge d'effectuer les actes inhérents à son office. La preuve ainsi obtenue sera plus complète et pourra servir à disculper l'inculpé.

204. — En revanche, le refus du juge de procéder à un tel acte peut porter atteinte aux droits de l'inculpé. Que ce soit dans l'hypothèse d'une demande initiale d'expertise, ou d'une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise, le juge tranche un litige. A la prétention d'une des parties, il oppose un refus. Or ce refus peut être lourd de conséquences. Les débris des pièces ayant servi à l'expertise ne pourront plus être examinés et la preuve ne sera pas totalement rapportée devant une juridiction de jugement. Il n'est pas possible d'affirmer que la mesure fasse directement grief, mais elle risque de faire grief.

C'est dans cette remarque que réside la justification de la voie de recours accordée aux parties dans ces hypothèses (art. 186 al. 3 C.P.P.). La motivation servira à la juridiction du deuxième degré de contrôler les raisons de l'opposition du juge. Si les motifs sont pertinents, la chambre d'accusation reconnaîtra le bien-fondé de la première décision. Par ailleurs, l'exigence de la motivation manifeste le souci du législateur d'écarter toute clause de style qui aboutirait à une absence de motifs. L'absence ou l'insuffisance de motifs encourrait la réformation par la chambre d'accusation. En ce sens, M. Levasseur a pu parler, à juste titre, d'une contradiction accrue au sein de la procédure d'instruction (65).

205. — Les différentes ordonnances rendues en matière d'expertise apparaissent comme des actes juridictionnels non pas tant en raison des voies de recours qui leur sont reconnues que du fait de leur caractère objectivement contentieux.

Ce caractère juridictionnel appartient aussi à l'acte par lequel le juge désigne un seul expert (art. 159 al. 2) (66). En réalité, le juge statue sur un problème de qualification, et son choix doit être justifié puisqu'une garantie est refusée à l'inculpé. Ce caractère juridictionnel paraît, cependant, moins fort que dans l'hypothèse d'un refus. Refuser une expertise ou un supplément, cela aboutit déjà à apprécier le fond de l'affaire et à s'estimer suffisamment éclairé pour n'avoir point besoin de mesures supplémentaires. Mais, en définitive, dans l'hypothèse de l'article 159 al. 2, la loi a entendu se prémunir contre une pratique non conforme au texte, et pour être certaine du résultat, elle a chargé les parties de veiller à son respect.

206. — Enfin, les deux ordonnances prévues par les articles 157 al. 1 et 161 al. 2 paraissent revêtir le caractère d'actes de pure admi-

(65) G. LEVASSEUR, « Vers une procédure d'instruction contradictoire », *Rev. Sc. crim.*, 1959, p. 297, n° 14.

(66) Voir, à cet égard, *Crim.*, 20-2-1963 ; *J.C.P.* 1963.II.13392, note Chambon.

nistration de la justice. Lorsque le juge choisit un expert hors des listes d'experts, il ne tranche aucun litige. Il apprécie seulement si telle personne est qualifiée pour lui procurer les renseignements qu'il désire obtenir. Cette décision ne peut être contestée, car elle ne concerne pas directement la mesure d'instruction. C'est donc un acte de pure administration de la justice, destiné à justifier le juge dans son choix. L'exigence de la motivation ne saurait aboutir à reconnaître le caractère juridictionnel à cette décision : elle sert uniquement à faire entrer dans les mœurs judiciaires une pratique nouvelle qui, sans cela, risquerait de demeurer lettre morte. Il ne paraît pas pensable, notamment, que la Cour de cassation puisse, un jour, annuler une expertise menée par des experts choisis hors des listes, au motif que l'ordonnance du juge n'était pas motivée. Il ne serait pas possible de reconnaître qu'il s'agisse d'une violation des droits de la défense au sens de l'article 172 C.P.P., à moins que l'expert ainsi désigné n'ait pas prêté serment (67).

La situation est identique pour l'ordonnance prolongeant le délai de l'expertise. Aucun litige, aucun grief ne peut résulter pour les parties. En prolongeant le délai, le juge ne fait que proroger les pouvoirs de l'expert, pour mener à bien la mesure d'instruction. Les parties ne peuvent critiquer cette décision qui se rattache aussi intimement à la mesure initiale. Etant un aménagement de la décision relative à l'acte d'instruction, cette ordonnance manifeste un caractère administratif marqué.

L'expertise, d'acte d'instruction, est ainsi devenue une matière plus complexe où le juge est amené à prendre des décisions juridictionnelles. La situation est au moins aussi confuse en matière d'ordonnances statuant sur la restitution d'objets saisis.

B. — L'ORDONNANCE DE RESTITUTION D'OBJETS SAISIS (68).

207. — Au cours d'une perquisition, le juge d'instruction ou les officiers de police judiciaire délégués sont amenés à effectuer de nombreuses saisies. Etant contraints, en effet, d'agir avec une certaine rapidité, ils saisissent des objets qui leur paraissent avoir une relation avec l'infraction considérée. C'est ensuite, dans le silence de son cabinet et au vu des autres éléments du dossier, que le juge d'instruction peut apprécier le bien-fondé de la mesure, l'utilité de la décision de saisie. Si la mise sous main de justice ne paraît pas nécessaire à

(67) Voir *a contrario*, Crim., 3-3-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 79, p. 182 ; J.C.P. 1964.IV.58.

(68) Sur le problème des restitutions, dans son ensemble, voir l'étude de MM. GRANIER et LEMERCIER, « Jurisclasseur de procédure pénale », art. 99-100 ; GRANIER, *Revue de science criminelle*, 1959, p. 611 ; GOLLETY, *Revue de science criminelle*, 1958, p. 675 ; DOLL, « Les restitutions de pièces », *Rev. Sc. crim.*, 1963, p. 155. Voir aussi la thèse de M. BLUM, « La restitution des objets placés sous main de justice », 1964.

la manifestation de la vérité, le magistrat devrait pouvoir restituer l'objet à la personne dépossédée. Le Code d'instruction criminelle n'avait rien prévu en cette matière. Fallait-il attendre que le juge de jugement ait statué au fond pour connaître le sort des biens ainsi saisis ? Cette solution, si on l'adoptait, ne résoudrait pas toutes les difficultés. Il peut arriver, en effet, que la procédure d'instruction n'aboutisse pas à un renvoi devant une juridiction de jugement. Ainsi dans l'hypothèse d'une ordonnance de non-lieu, il ne serait jamais possible d'obtenir la restitution d'objets saisis indûment.

208. — Devant la carence de ces textes, un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1842, non publié au Bulletin et seulement cité par Faustin Hélie (69), a décidé que le juge d'instruction pouvait restituer les effets inutiles comme pièces à conviction. Les auteurs cependant ne s'attardent pas à cette question, qui leur paraît devoir se rattacher aux attributions de la juridiction de jugement. Au début du ^{xx} siècle, quelques études furent consacrées à ce problème (70). Le législateur qui cherchait à améliorer la procédure préparatoire envisagea même cette question (vote au Sénat d'un texte en 1909).

Ce travail législatif devait aboutir à la promulgation de la loi du 7 février 1933 (71). Antérieurement, il convient de reconnaître que le juge d'instruction statuait assez peu souvent sur ce problème. En fait, pour obtenir la restitution d'un objet placé sous main de justice, il fallait s'adresser au Parquet. Ce dernier statuait officiellement sur l'opportunité de conserver les objets saisis : il était notamment tenu compte de l'état de la procédure (72). Mais il ne pouvait s'agir d'une véritable procédure judiciaire et les parties ne disposaient d'aucune voie de recours dans l'hypothèse d'un refus.

209. — La loi du 7 février 1933 ajouta un alinéa 7 à l'article 89 C.I.C., ainsi conçu : « Toute personne prétendant droit sur l'objet placé sous la main de la justice peut en réclamer la restitution au juge d'instruction et, sur son refus, à la chambre du conseil. Elle sera entendue, si elle le demande, en ses explications. »

En réalité, il importe de remarquer que cette procédure était imprégnée fortement des idées qui avaient motivé la réforme. D'une part, le recours était admis devant la chambre du conseil du tribunal, juridiction qui venait d'être restaurée avec une mission particulière de respecter les libertés individuelles. La chambre du conseil connaissait des demandes relatives à la mise en liberté provisoire et statuait sur la détention préventive. D'autre part, si nous analysons cette procédure, nous devons constater qu'elle introduit un élément de contradiction au sein de la procédure préparatoire. En effet, autoriser

(69) F. HÉLIE, *op. cit.*, 1^{re} éd., Tome V, p. 523.

(70) LE POITTEVIN, *in* Journal des Parquets, 1898.I.238 ; DEMAY, Thèse, Paris, 1909.

(71) Loi du 7-2-1933, art. 6 ; D.P. 1933.IV.75, commentaire LÉLOIR.

(72) Ainsi le fait qu'une ordonnance de non-lieu ait été rendue, ou qu'un jugement définitif soit intervenu, permettait plus facilement la restitution.

toute personne à réclamer la restitution de l'objet, c'est admettre que l'on puisse contester la mesure antérieure de saisie. Tel est, semble-t-il, l'esprit de la loi de 1933 qui voulait instaurer une contradiction accrue au sein de l'instruction.

Le législateur de 1935, en essayant de supprimer les excès de la loi de 1933, ne modifia pas le principe de la restitution. Il se contente de substituer la chambre d'accusation à la chambre du conseil et d'indiquer qu'il sera statué sur simple requête. Ainsi l'esprit de l'institution primitive se trouvait-il écarté tandis que l'institution demeurerait. Cette situation allait être à l'origine d'une jurisprudence confuse. Il faut d'ailleurs remarquer que les parquets continuèrent leur activité (73).

210. — Deux difficultés se présentèrent relativement à ce texte : il convenait de savoir ce que signifiait l'expression « toute personne », et de déterminer la nature de la requête. Très souvent, en effet, l'inculpé ou la partie civile invoquait ce texte pour obtenir la restitution d'objets placés sous main de justice. La première jurisprudence qui s'élabora à ce sujet décida que ni l'inculpé ni la partie civile ne pouvaient être comprises dans le terme « toute personne ». D'autre part, se plaçant sur le terrain du droit commun, la Cour de cassation déclara irrecevable l'appel formulé par un inculpé à l'encontre d'une ordonnance de restitution. Ce faisant, la Cour de cassation reprenait la solution déjà adoptée dans un arrêt du 14 janvier 1915 (74).

C'est ainsi que le 12 juin 1947 (75) la Cour de cassation déclarait irrecevable l'appel de l'inculpé exercé à l'encontre d'une ordonnance autorisant une banque à payer certains chèques à la partie civile. En d'autres termes, l'inculpé n'était pas admis à faire appel d'une ordonnance restituant le libre exercice d'un compte bancaire.

La cour d'appel de Paris (chambre d'accusation) devait adopter cette position en de nombreux arrêts (76). Le juge d'instruction est investi d'un pouvoir souverain pour apprécier l'opportunité d'une saisie ; de même, il lui appartient de donner main-levée de la saisie lorsqu'il lui semble inutile de conserver comme pièces à conviction les objets placés sous scellés. Admettre un droit d'appel, ce serait reconnaître la possibilité pour les parties de critiquer une mesure d'instruction légalement et souverainement ordonnée par le juge.

C'est ainsi que, le 20 février 1953 (77), la cour d'appel de Paris estime qu'une ordonnance de main-levée d'une saisie n'est pas susceptible de voie de recours par la partie civile, et qu'elle ne possède

(73) Cette pratique subsiste notamment au Parquet de la Seine. LECRIVAIN, « Le service des restitutions au Parquet de la Seine », J.C.P. 1939.I.93 ; TURLAN, « La jurisprudence du Parquet de la Seine en matière de restitution », G.P. 74-1937.

(74) Crim., 14-1-1915 ; D.P. 1919.I.72, B. 9.

(75) Crim., 12-6-1947, B. 169 ; J.C.P. 1947.II.3996, note Brouchet.

(76) Voir la note de M. GOLLETY, D. 1955, p. 86.

(77) Paris, 20-2-1953 ; D. 1954, p. 48.

pas de caractère juridictionnel. Le 16 juin 1953 (78), saisie d'une demande de restitution, la même cour d'appel, après avoir rejeté l'appel, considère cependant que les conclusions déposées peuvent valoir requête au sens de l'article 89.

Mais, se plaçant sur le terrain de savoir si l'inculpé pouvait être compris dans l'expression « toute personne », la Cour rejette la demande de l'inculpé en ces termes : « Considérant que si l'on admettait ces prétentions, on aboutirait à donner à l'inculpé comme à la partie civile un droit de recours d'une nature toute spéciale contre une décision du juge d'instruction pourtant insusceptible d'appel par les voies normales. » La cour d'appel estimait alors que la finale de l'article 89 C.I.C. était destinée aux personnes étrangères aux poursuites pénales.

Une décision analogue était prise le 3 décembre 1953 (79) par la même juridiction, qui n'admit pas le droit d'une personne désignée nommément dans un réquisitoire supplétif à utiliser la procédure de l'article 89 C.I.C. L'inculpé intenta un pourvoi en cassation contre cette décision. Par un arrêt du 16 décembre 1954 (80), la chambre criminelle cassa l'arrêt de la cour d'appel de Paris : « Attendu qu'il ne saurait résulter de l'article 89 que le prévenu et la partie civile sont exclus du bénéfice de ces dispositions ; qu'au contraire, l'emploi des mots « toute personne » et l'absence de tout autre texte dérogeant à cette règle générale ne laisse aucun doute quant à la faculté laissée à la partie civile et à l'inculpé d'user de cette procédure. »

Ainsi, par cet arrêt très net, la question de savoir qui pouvait invoquer cet article se trouve-t-elle résolue dans le sens le plus favorable. Il restait alors à déterminer la nature du recours, et, en même temps, la nature de l'ordonnance rendue.

211. — Les commentateurs de l'arrêt de la chambre criminelle se posaient déjà cette question. M. Gollety se demandait si, logiquement, la solution de la Cour de cassation n'imposait pas au juge d'instruction d'effectuer des notifications avant et après avoir rendu sa décision. Autrement dit, M. Gollety opinait pour reconnaître un caractère juridictionnel à l'ordonnance de restitution. M. Chambon, en revanche, était plus nuancé. Après avoir montré les différentes dérogations apportées par la procédure de l'article 89 C.I.C., il estimait toutefois que l'ordonnance ne possédait pas de caractère juridictionnel.

Cette position était consacrée par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris le 1^{er} avril 1955 (81). Se soumettant à la nou-

(78) Paris, 16-6-1953 ; G.P. 1952.II.214.

(79) Paris, 3-12-1953 ; D. 1954, som. 26 ; G.P. 1954.I.142.

(80) Crim., 16-12-1954 ; J.C.P. 1955.II.8509, note Chambon ; D. 1955, p. 86, note Gollety.

(81) Paris, 14-1955 ; J.C.P. 1955.II.8766, note R.C.

velle jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour de Paris déclare que l'ordonnance de restitution constitue une décision gracieuse et que, dès lors, la chambre d'accusation (pas plus que le juge d'instruction ne peut statuer sur l'irrégularité d'une perquisition, élément contentieux.

Du caractère gracieux de la décision prise par le juge d'instruction, la Cour de cassation devait déduire, par un arrêt du 22 décembre 1955 (82), que la requête doit d'abord être présentée au juge d'instruction avant d'être soumise à la chambre d'accusation. Deux arrêts rendus en 1956 confirment ces nouvelles positions de la chambre criminelle.

Le 13 juin 1956 (83), est approuvée la décision d'une cour d'appel qui a écarté l'appel de l'inculpé et considéré cet acte comme requête au sens de l'article 89 al. 6. Et le 15 novembre 1956 (84), la Cour de cassation rappelle que la procédure de l'article 89 al. 6 est particulière. En l'espèce, il est affirmé que cet article concerne uniquement le droit du demandeur à la restitution, les règles générales relatives à l'appel continuant à s'appliquer. La solution qui se dégage de ces deux arrêts devait être reproduite le 27 octobre 1959 (85). La chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre d'accusation qui avait déclaré irrecevable l'appel d'un inculpé contre une ordonnance de restitution mais l'avait admis à titre de requête.

De cette manière, la Cour de cassation manifeste le particularisme de cette procédure. Nous reviendrons, d'ailleurs, sur cet arrêt parce que la chambre criminelle y indique de quelle manière elle interprétera les nouvelles dispositions du Code de procédure pénale, lequel y consacre deux articles.

212. — Dans le dessein d'éviter toute équivoque, l'alinéa 1^{er} de l'article 99 détermine les personnes qui peuvent solliciter une restitution. Il est indiqué « l'inculpé, la partie civile ou toute autre personne qui prétend avoir droit sur un objet placé sous la main de la justice peut en réclamer la restitution au juge d'instruction ».

Le texte ne prévoit pas la possibilité pour le ministère public de solliciter une telle mesure ; est-ce à dire qu'il ne puisse solliciter du juge la restitution d'objets qui ne servent pas à la manifestation de la vérité ? Nous ne l'estimons pas. Le ministère public possède la faculté générale de solliciter du juge toute mesure nécessaire à la manifestation de la vérité (art. 82 C.P.P.). Dès lors, il pourrait demander au juge d'ordonner la main-levée d'une saisie inutile, tout comme

(82) Crim., 22-12-1955 ; D. 1956, p. 305.

(83) Crim., 13-6-1956, B. 465.

(84) Crim., 15-11-1956, B. 753.

(85) Crim., 27-10-1959 ; J.C.P. 1959.II.11375, note Chambon ; D. 1960, p. 261. Voir dans un sens très voisin, Crim., 27-5-1964, B. 1964, n° 178, p. 385 ; J.C.P. 1964.IV.97.

l'article 140 al. 2 lui permet de requérir la main-levée d'une mesure de détention préventive qui n'apparaît plus justifiée (86). L'action d'office du juge pourrait intervenir. Libre d'apprécier les mesures d'instruction, il lui appartient de les retirer lorsqu'elles ne sont plus justifiées. Telle est la solution admise à propos de la détention préventive (art. 140 al. 1 C.P.P.), application particulière d'un principe plus général. Il existe, d'ailleurs, un cas où la loi fait un devoir au magistrat de statuer sur la restitution des objets saisis : il s'agit de l'hypothèse prévue par l'article 177 al. 3 C.P.P., en cas de non-lieu.

S'il omettait de statuer sur ce point, il demeurerait compétent pour ordonner une restitution, bien qu'il soit dessaisi par l'ordonnance de non-lieu. L'article 100 du Code de procédure pénale met fin, ainsi, à l'impossibilité juridique à laquelle on se heurtait précédemment, et qui avait été directement à l'origine des pratiques officieuses du Parquet. D'ailleurs cette règle ne peut choquer, elle n'est que l'application au cas particulier du juge d'instruction des règles relatives aux restitutions. Toute juridiction, avant de se dessaisir définitivement du dossier, doit statuer sur les restitutions ; à défaut, elle demeure compétente sur ce point particulier (87).

213. — Quelle que soit la personne qui présente la demande, la même procédure doit être suivie. L'article 99, dans son deuxième alinéa, prescrit la communication de la demande aux différentes parties à l'instance : inculpé, partie civile et ministère public. Si le juge y procède d'office, il doit aussi respecter ce formalisme pour mettre le ministère public en mesure de présenter ses observations.

Les parties ont, en effet, la possibilité de présenter des observations dans un délai de trois jours après la communication de la demande. Une fois la décision prise, le juge doit notifier son ordonnance aux parties intéressées. Cette formalité a pour but de permettre aux parties de présenter une requête à la chambre d'accusation dans un délai de 10 jours. Le quatrième alinéa de l'article 99 C.P.P. apporte une précision qui ne figurait pas à l'article 89 C.I.C. La juridiction du deuxième degré est ainsi amenée à examiner la décision du juge d'instruction.

Pas plus que le Code d'instruction criminelle, le Code de procédure pénale n'indique qu'il s'agit d'un appel. En effet, si nous examinons les textes relatifs à l'appel, aucune mention n'est faite de l'article 99, alors que la dernière rédaction de l'article 186, due à l'ordonnance du 4 juin 1960, s'est efforcée de regrouper à cet endroit

(86) En ce sens, GRANIER et LEMERCIER, « Jurisclasseur de procédure pénale », art. 99-100, n° 112.

(87) Ainsi la Chambre d'accusation reste compétente pour les restitutions lorsqu'elle prononce un non-lieu (art. 212, al. 3). En ce qui concerne la cour d'assises, voir article 373 al. 2, le tribunal correctionnel : article 483, et le tribunal de police : article 543 C.P.P. Voir aussi Blum, note sous Paris, 22-2-1963 ; J.C.P. 1964.II.13491.

toutes les hypothèses de l'appel. En réalité, le problème essentiel n'est pas celui de savoir s'il s'agit d'un véritable appel, mais bien plutôt celui de déterminer la nature de l'ordonnance du juge.

214. — Plusieurs conceptions sont, en effet, possibles. De ce que la restitution équivaut à la main-levée d'une saisie, on peut déduire que c'est le simple retrait d'une mesure d'instruction. L'acte d'instruction primitif ne paraît plus justifié et le magistrat en fait cesser les effets.

A l'opposé, il peut être considéré que la décision du juge présente un caractère juridictionnel. Si l'inculpé sollicite une restitution, cette demande peut être contestée par le ministère public : un litige existe que le magistrat tranche. Il en serait de même pour l'hypothèse où le juge refuse de faire droit à la demande. En ce cas, le contentieux se manifeste par l'opposition du juge, le litige est réalisé.

Les partisans de cette thèse considèrent alors que l'appel est permis contre une telle décision (88). Cela serait le cas pour le ministère public, l'article 185 ne faisant aucune distinction entre les ordonnances du juge, mais aussi pour la partie civile, si l'on considère l'ordonnance de restitution comme susceptible de faire grief à ses intérêts (art. 186, al. 2 C.P.P.).

Or, précisément, l'arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 1959 dément cette thèse. Bien qu'il s'agissait d'une procédure se référant à l'article 89 C.I.C., la Cour de cassation, par une phrase incidente, a montré que les textes du Code de procédure pénale étaient identiques sur ce point à ceux du Code d'instruction criminelle. En l'espèce, la chambre criminelle a approuvé une chambre d'accusation d'avoir déclaré irrecevable l'appel de l'inculpé mais d'avoir admis cet acte comme requête au sens de l'article 99.

215. — La nature de l'ordonnance n'est donc pas purement juridictionnelle. C'est vers une troisième solution que l'on a tenté de chercher une issue à ce débat.

Par un arrêt en date du 1^{er} avril 1955 (89), la cour d'appel de Paris constatait que la procédure de restitution était une procédure gracieuse : l'ordonnance du juge révèle un caractère juridictionnel, mais de juridiction gracieuse. L'annotateur de l'arrêt relevait alors les conséquences de cette qualification. La décision possède un caractère provisoire et n'a pas l'autorité de la chose jugée. Une nouvelle demande est donc possible ultérieurement.

La chambre criminelle a, elle-même, montré qu'il s'agissait d'un acte de nature juridictionnelle en déclarant le 22 décembre 1955 (90)

(88) Ainsi, M. CHAMBON, note J.C.P. 1959.II.11375 ; MM. GRANIER et LEMERCIER, « Jurisclasseur de procédure pénale », articles 99-100 (n^{os} 25, 72, 88) ; M. LEVASSEUR, « Vers une procédure d'instruction contradictoire », Rev. science criminelle, 1959, p. 307.

(89) Paris, 14-1955 ; J.C.P. 1955.II.8766.

(90) Crim., 22-12-1955 ; D. 1956, p. 305.

que la requête devait tout d'abord être présentée au juge d'instruction avant d'être soumise à la chambre d'accusation. Mais surtout, les arrêts rendus en 1956 et en 1959 ont souligné le particularisme de cette procédure. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 janvier 1960 (91) exprime nettement cette opinion, en affirmant que la procédure de l'article 99 C.P.P. est une procédure originale, différente de l'appel.

Pour notre part, nous ne ferons pas comme la Cour de Paris, dans une décision en date du 18 mai 1956 (92), qui, relativement à une ordonnance de restitution, avait déclaré qu'il « importait peu qu'il s'agisse d'ordonnance à caractère juridictionnel, administratif ou même pseudo-gracieux ».

216. — Il nous semble que la dernière des trois thèses correspond le mieux aux textes et à la jurisprudence.

Il convient, en effet, de se souvenir de l'origine de l'introduction de la procédure des restitutions. Cette institution résulte de la vague de libéralisme qui, en 1933, tendait à une plus grande contradiction au sein de l'instruction.

En présence des difficultés qui s'étaient présentées en pratique, la Commission d'études pénales législatives aurait pu suggérer une modification du texte en introduisant le terme « appel » dans la rédaction même de l'article 99. Or, elle ne l'a pas fait : l'alinéa 4 précise que « la décision du juge peut être déferée à la chambre d'accusation sur simple requête ». Cette attitude est volontaire si on la compare à celle adoptée pour l'alinéa 1^{er} du même article.

Cependant, le texte du Code de procédure pénale admet le caractère juridictionnel : avant de prendre sa décision, le juge doit prévenir les parties qui pourront faire connaître leurs observations, et une fois la décision intervenue, les parties en recevront notification.

La jurisprudence affirme le particularisme de cette procédure : il ne peut s'agir de l'appel, c'est un recours autonome qui n'a pas de correspondant en matière pénale. Les rapports entre le juge d'instruction et la chambre d'accusation sont toutefois des rapports de juridiction à juridiction : la seconde ne peut être saisie que dans la mesure où la première l'a été antérieurement (arrêt du 22-12-1955).

217. — Ce caractère juridictionnel est toutefois gracieux. Admettre qu'une partie puisse solliciter du juge une restitution, c'est en définitive critiquer la saisie elle-même. Or, la loi n'a pas permis directement ce droit contre la saisie, et il ne saurait être question de reconnaître un tel droit de manière indirecte.

C'est ainsi que la demande de restitution ne peut être fondée sur la nullité de la saisie. Le juge d'instruction ne peut pas, de

(91) Paris, 7-1-1960 ; J.C.P. 1960.II.11455, note Depaule.

(92) Paris, 18-5-1956 ; D. 1957, p. 115.

lui-même, constater l'irrégularité de la mesure ; seule la chambre d'accusation est compétente. Saisie d'une requête contre une ordonnance de refus de restitution, la chambre d'accusation ne pourrait pas constater la nullité de l'acte. L'article 171 du Code de procédure pénale relatif aux nullités ne permet pas à l'inculpé ou à la partie civile de saisir la juridiction du deuxième degré d'une telle demande. Ce que les parties ne pouvaient faire directement, la Cour de cassation a estimé qu'elles ne pouvaient pas non plus le faire indirectement (93).

Ainsi les parties ne pourraient pas soulever un élément contentieux à propos de la restitution, pas plus qu'elles ne pourraient contester la propriété des biens : le juge peut uniquement remettre en possession la personne entre les mains de laquelle la saisie avait été opérée (94).

Quant au ministère public, il n'a pas besoin de chercher de procédés détournés. S'il veut obtenir l'annulation, l'article 171 al 2 C.P.P. lui indique la marche à suivre et, s'il veut critiquer une ordonnance du juge, l'article 185 C.P.P. le lui permettrait. Mais étant donné le caractère particulier de cette procédure juridictionnelle gracieuse, il nous semble que, désormais, le ministère public doive observer l'article 99 al. 4, et non pas l'article 185, pour saisir la chambre d'accusation d'une ordonnance de restitution qui ne le satisfait pas.

Si l'ordonnance de restitution revêt un caractère juridictionnel gracieux, l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la décision de clôture sera véritablement juridictionnelle.

C. — L'ORDONNANCE DE SOIT-COMMUNIQUÉ PRÉALABLE A LA DÉCISION DE CLÔTURE (95).

218. — L'ordonnance de soit-communiqué apparaît généralement comme un acte d'administration de la justice. Elle ne juge rien, elle ne tranche rien, elle ne fait aucun grief. Sa raison d'être est de justifier le dessaisissement momentané du dossier par le juge d'instruction. Mais il n'en est pas ainsi dans tous les cas.

Le 24 juin 1898 (96), il était soulevé devant la Cour de cassation que l'ordonnance de soit-communiqué devait être notifiée aux parties

(93) Voir, à ce propos, les différents arrêts ou un inculpé en saisissant la chambre d'accusation d'une ordonnance de refus de mise en liberté, n'a pas été déclaré admis à invoquer des moyens de nullité : Crim., 6-1-1961, 2-11-1960, 1-2-1961 ; D. 1961, p. 581, note M.R.M.P.

(94) Crim., 13-7-1951 ; D. 1951, p. 686. Voir aussi, Paris, 22-2-1963 ; J.C.P. 1964.II.13491, note Blum.

(95) Voir GOLLETY, « L'ordonnance de soit-communiqué », Rev. Sc. crim., 1958, p. 172 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 834 ; DONNEDIEU de VABRES, n° 1347 ; VITU, *op. cit.*, p. 309 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1310.

(96) Crim., 24-6-1898, B. 230 ; S. 1901.I.153, note Roux.

selon l'article 10 de la loi de 1897. La chambre criminelle devait reconnaître que si « antérieurement à la loi du 8 décembre 1897, cette ordonnance pouvait être considérée comme un acte de transmission, il n'en saurait être ainsi depuis la loi de 1897 qui exige la communication au conseil de toute ordonnance du juge d'instruction ». « Si cette disposition, malgré la généralité de ses termes, ne peut s'étendre à toute mesure d'instruction, on ne saurait refuser de l'appliquer à l'ordonnance de soit-communiqué, que c'est sur le vu de cette ordonnance que le conseil de l'inculpé avisé par elle du règlement prochain de l'information pourra réclamer utilement la communication de toutes les pièces du dossier et produire les observations qu'il jugera nécessaires dans l'intérêt de la défense. Dans ces conditions, il faut reconnaître que l'ordonnance de soit-communiqué, loin d'être un acte de pure transmission, présente les caractères d'un acte juridictionnel. »

219. — Depuis 1898, la prise de position de la Cour de cassation n'a jamais été démentie et a fortement intrigué les criminalistes. Pourquoi cette ordonnance, simple acte de procédure en cours d'instruction, devient-elle acte de juridiction lorsqu'elle intervient peu de temps avant la clôture de l'instruction ? Il n'est pas logiquement concevable que le même acte matériel aboutisse à des conséquences juridiques différentes selon le moment de son exécution.

Cependant, la Cour de cassation n'a pas varié : chaque fois que le juge clôture son enquête avant d'avoir communiqué cette ordonnance aux parties, la nullité est encourue, car le magistrat doit procéder à la communication avant d'effectuer tout autre acte.

Cette théorie n'a pas connu seulement d'application dans le strict domaine de l'instruction de droit commun. La Cour de cassation a étendu l'obligation de communication en matière de procédure devant les tribunaux militaires (97). Il s'agit donc d'une disposition de fond applicable à toutes les procédures préparatoires.

Avant d'essayer d'expliquer la nature exacte de cet acte qui ne paraît pas différer des autres ordonnances de soit-communiqué (rendues notamment pour permettre l'application de l'article 82 ou de l'article 86 C.P.P.), il convient d'examiner la jurisprudence rendue à ce propos.

1. — *La jurisprudence.*

220. — C'est un arrêt du 25 juin 1898, dont nous avons reproduit les motifs essentiels, qui inaugure cette jurisprudence, en prononçant

(97) Avant la réforme de Code de justice militaire pour l'armée de Terre en 1928, il s'agissait de la communication de l'article 108. Désormais, il semble que ce soit la communication préalable au réquisitoire du commissaire du gouvernement prévu à l'article 65 C.J.M. pour l'armée de Terre. Voir *Crim.*, 14-2-1907, B. 80 ; *Crim.*, 15-4-1910, B. 193 ; *Crim.*, 7-1-1914, B. 1 ; *Crim.*, 6-2-1914, B. 80 ; *Crim.*, 12-12-1912, B. 663 ; *Crim.*, 19-2-1920, B. 89 ; *Crim.*, 12-12-1920, B. 130 ; *Crim.*, 4-8-1921, B. 328.

la nullité d'une procédure où la communication de l'ordonnance n'avait pas eu lieu. Cette motivation était reproduite le 18 février 1909 (98). Pour la Cour de cassation, le défaut de communication constitue la violation d'un droit d'une partie et, cependant, il serait du devoir de la chambre d'accusation de relever d'office ce vice.

Quatre années plus tard, la Cour de cassation précise le but qu'elle poursuit en obligeant le magistrat à communiquer cette ordonnance aux parties : il s'agit de permettre au conseil de l'inculpé de présenter des observations sur la procédure. En l'espèce, le juge avait adressé deux lettres au conseil de l'inculpé : la première l'avertissait de l'ordonnance de soit-communiqué, la seconde lui donnait connaissance de l'ordonnance de transmission de la procédure. Mais les deux lettres avaient été déposées en même temps à la poste, en sorte que le conseil avait été prévenu de l'ordonnance de soit-communiqué à une époque où la seconde ordonnance était déjà rendue. Le conseil, dans ces conditions, n'avait pu intervenir, dans l'intérêt de la défense, avant le règlement définitif de l'information (99).

221. — Ainsi, la Cour de cassation, après avoir dégagé le caractère juridictionnel de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la décision de clôture, veille à ce que cet acte révèle l'intention du juge de mettre fin à la procédure. C'est ce que manifeste un arrêt du 4-1-1934 (100) qui reconnaît le caractère juridictionnel aux seules ordonnances rendues dans l'hypothèse de l'article 127 C.I.C., parce qu'elles sont « préliminaires à une décision ».

En réalité, la jurisprudence relative aux ordonnances de soit-communiqué peut être groupée en deux séries, toutes deux ayant trait à l'application de l'article 10 de la loi de 1897. La première catégorie est relative à la preuve de la communication de cette ordonnance : ou bien la pièce ne figure pas au dossier, ou bien aucune mention n'y est apposée. Quant à la seconde, c'est à propos de l'impossibilité d'intervention avant l'ordonnance de clôture que la Cour de cassation a statué.

222. — Dans le premier groupe, figure l'arrêt déjà analysé du 18 février 1909, qui appliquait directement le principe dégagé le 25 juin 1898. De nombreuses décisions ont été également rendues en matière militaire : la transmission du dossier au commissaire du gouvernement par le magistrat-rapporteur a été considérée comme un acte juridictionnel, équivalent à l'ordonnance de soit-communiqué du juge d'instruction, préalable à la décision de clôture, bien que la décision définitive, relativement aux poursuites, appartienne au général commandant la circonscription militaire qui avait délivré l'ordre d'informer.

(98) *Crim.*, 18-2-1909, B. 109 ; S. 1911.I.484.

(99) *Crim.*, 4-1-1913, B. 9 ; D.P. 1914.I.43.

(100) *Crim.*, 4-1-1934, B. 2 ; D.P. 1934.I.121, note Leloir.

Ainsi, le 10 mars 1921 (101), la Cour de cassation a annulé le jugement d'un conseil de guerre au motif que la procédure ne constatait pas la communication au conseil de la transmission du dossier au commissaire du gouvernement. De même, deux arrêts de chambres d'accusation ont été cassés pour n'avoir pas relevé le défaut de constatation que l'ordonnance de soit-communiqué ait été portée à la connaissance du conseil de l'inculpé (102).

Deux décisions plus récentes manifestent encore l'insouciance de certains magistrats instructeurs militaires. Le 5 février 1953 (103) l'annulation de la procédure provient de ce que la mention de la communication de la procédure n'avait pas été signée par le greffier : la formalité ne pouvait être réputée accomplie puisqu'elle n'était pas approuvée. Quelques mois après, seuls des récépissés postaux permettaient de conclure à l'accomplissement de la formalité, aussi la Cour de cassation conclut à l'irrégularité de la procédure (104).

Cette première catégorie d'arrêts a donc trait à un problème de preuve. La formalité a peut-être été accomplie, mais le dossier de la procédure ne relate rien à ce propos. En définitive, ces décisions concernent une question de forme. La seconde catégorie, en revanche, témoigne de la violation d'une règle de fond.

223. — Les arrêts du deuxième groupe se fondent, en effet, sur l'impossibilité matérielle de l'intervention du conseil. Le juge a rendu sa décision avant que les parties n'aient su qu'il allait statuer sur la procédure.

Telle était déjà la motivation de l'arrêt du 4 janvier 1913 (105) qui fut reprise de nombreuses fois, tant en matière de procédure pénale de droit commun, qu'en procédure militaire. Et, chaque fois que le conseil aura pu intervenir, la Cour de cassation déclare la procédure régulière.

Ainsi, le 8 septembre 1921 (106), le conseil d'un inculpé avait été prévenu de la date de clôture de l'instruction et de la transmission du dossier au commissaire du gouvernement. Dans ces conditions, il n'existait aucune violation de la loi de 1897 puisque le défenseur avait été mis en mesure de produire en temps opportun toutes observations nécessaires. La Cour, en outre, constate que la transmission a effectivement eu lieu le jour prévu.

(101) *Crim.*, 10-3-1921, B. 117.

(102) Dans l'hypothèse de *Crim.*, 22-7-1922 (B. 267), l'ordonnance ne figurait pas au dossier et la Cour de cassation n'avait pas même la preuve de son existence ; dans l'arrêt du 2-12-1922 (B. 400), en revanche, l'ordonnance existait, mais elle ne comportait aucune mention.

(103) *Crim.*, 5-2-1953, B. 39.

(104) *Crim.*, 13-5-1953, B. 168 (pour la valeur des récépissés postaux, voir : *Crim.*, 3-2-1921, B. 58 et *Crim.*, 24-7-1958, B. 570).

(105) *Crim.*, 4-1-1913, B. 9 ; S. 1915.I.31 ; D.P. 1913.I.550.

(106) *Crim.*, 8-9-1921, B. 364.

224. — Il suffit donc que le conseil puisse intervenir, et la durée du délai importe peu. Le 10 février 1923 (107) les parties faisaient valoir qu'entre les deux ordonnances, 24 heures ne s'étaient pas écoulées. La Cour de cassation estima, cependant, qu'aucune entrave n'avait été portée aux droits des parties qui pouvaient demander la communication du dossier et fournir leurs observations. Cette même solution a été adoptée le 9 février 1950 (108) et le 23 avril 1958 (109). Dans cette dernière hypothèse, le procureur de la République avait pris ses réquisitions le jour même de l'ordonnance de soit-communiqué, mais le juge avait rendu une ordonnance de non-lieu seulement le lendemain. En revanche, si les deux ordonnances du juge avaient été prises le même jour ou communiquées en même temps, le conseil de l'inculpé se serait trouvé dans l'impossibilité d'intervenir. Tel était le cas, le 30 avril 1925 (110), dans une affaire où les récépissés postaux témoignaient de la communication simultanée de l'ordonnance de soit-communiqué et de l'ordonnance de clôture de l'information.

Ce mode de procédé a été reconnu applicable en matière de procédure militaire (111), et même à une hypothèse de procédure particulière, comme c'était le cas dans l'espèce du 15 juin 1950 (112).

225. — En définitive, ce que censure la chambre criminelle, c'est l'impossibilité d'intervention. A propos d'une affaire où il ne pouvait être fait application de la législation française, la Cour de cassation a rappelé sa position. Le 5 mai 1959 (113) il était reconnu qu'en métropole, il y a violation des droits de la défense entraînant nullité, lorsque l'ordonnance de soit-communiqué et l'ordonnance de transmission de pièces au procureur général sont portées simultanément à la connaissance du conseil de l'inculpé. Au Cameroun, en revanche, cette procédure ne peut donner lieu à annulation, car la législation de ce territoire prévoit que le juge est tenu d'aviser le conseil, trois jours avant l'ordonnance de soit-communiqué, que le dossier de l'information est à sa disposition. Dès lors, le conseil connaît la prochaine clôture de l'instruction, et il lui appartient de produire toutes observations utiles dans l'intérêt de la défense.

226. — Par un arrêt en date du 24 février 1954 (114), la Cour de cassation semblait étendre l'obligation de communication à une ordonnance de soit-communiqué préalable à une décision relative à la détention de l'inculpé. Jusqu'alors, il était admis que cette ordon-

(107) *Crim.*, 10-2-1923, B. 62 ; S. 1923.I.233, note Roux.

(108) *Crim.*, 9-2-1950, B. 48.

(109) *Crim.*, 23-4-1958, B. 336.

(110) *Crim.*, 30-4-1925, B. 138 ; S. 1926.I.187. De même *Crim.*, 9-6-1955 ; D. 1956, 80.

(111) *Crim.*, 28-4-1953, B. 140.

(112) *Crim.*, 15-6-1950, B. 189.

(113) *Crim.*, 5-5-1959, B. 242.

(114) *Crim.*, 24-2-1954, B. 87 ; D. 1954, p. 536, note Gollety.

nance était purement administrative, puisque l'inculpé qui avait présenté une demande au juge n'ignorait pas que l'avis du Parquet serait sollicité (115). Cette jurisprudence pouvait se fonder sur l'opinion de plusieurs auteurs qui reconnaissaient le caractère juridictionnel à toute ordonnance de soit-communiqué préalable à une décision juridictionnelle (116).

C'était cette solution qu'adoptait la Cour de cassation en 1954. En réalité, cette position ne pouvait être justifiée, car l'inculpé ou son conseil n'auraient pu obtenir la communication du dossier, aucun texte ne leur offrant ce droit en cette hypothèse. Aussi, la chambre criminelle est-elle revenue à son interprétation antérieure par un arrêt du 12 novembre 1959 (117). Il s'agissait, en l'espèce, d'une ordonnance de soit-communiqué préalable à une ordonnance de prolongation de la détention (art. 139 C.P.P.). La Cour de cassation affirme que cette ordonnance n'a pas le caractère juridictionnel à la différence de « l'ordonnance de soit-communiqué par laquelle, l'information lui paraissant terminée, le juge transmet au procureur le dossier de la procédure, en vue d'obtenir ses réquisitions préalables au règlement définitif de la procédure ».

227. — Ainsi, et alors que la question ne lui était pas posée, la chambre criminelle d'elle-même indique la solution qu'elle entend admettre pour l'application du Code de procédure pénale. Une seule ordonnance de soit-communiqué possède un statut particulier, celle qui est rendue en vue du règlement définitif de l'instruction.

Certains ont tenté, cependant, d'élaborer une distinction à cet égard, selon que le juge statuait sur la détention à la suite d'une demande de l'inculpé, ou bien d'office (118). Une telle distinction ne semble pas fondée. S'il est une ordonnance que, logiquement, le magistrat doit communiquer, c'est précisément celle où le juge agit d'office, sans connaître l'opinion de l'inculpé. De plus, cette ordonnance ne semble pas avoir de caractère juridictionnel, tandis que l'ordonnance de soit-communiqué, préalable à la clôture de l'information, possède essentiellement ce caractère.

2. — *La nature juridique de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la clôture de l'information.*

228. — Le problème qui se pose consiste à déterminer la différence existant entre une ordonnance de soit-communiqué rendue en

(115) En ce sens, Rouen, 12-7-1922 ; D.P. 1922-2-109 ; GOYET-ROUSSELET et PATIN, « Le ministère public », p. 387, note 2.

(116) MARQUSET, « Manuel pratique de l'instruction », p. 246 ; ROUX, « Cours de droit criminel », Tome II, p. 321, note 11 ; F. HÉLIE, « Pratique criminelle », Tome I, n° 243.

(117) Crim., 12-11-1959 ; D. 1960, p. 60, note Gollety ; J.C.P. 1960.II.11405, note Chambon.

(118) Ainsi GOLLETY, note au D. 1960, p. 60.

cours de procédure — simple acte d'administration — et l'ordonnance de soit-communicé rendue à la fin de la procédure.

Roux essayait déjà de justifier cette différence (119). L'ordonnance de soit-communicé, en général, ne possède pas le caractère juridictionnel, car elle ne règle aucun incident litigieux. C'est un acte d'administration interne. Mais, lorsqu'elle intervient préalablement à la clôture de l'information, il s'agit d'un acte accompli par le juge d'instruction en qualité de juge. « C'est le juge qui, décidant l'instruction achevée et l'affaire en état, rend, avant son jugement définitif, un jugement d'avant-dire droit pour communiquer la cause au ministère public et obtenir de lui les conclusions nécessaires à la validité de son jugement définitif » (120).

Cette ordonnance relève ainsi de l'office du juge. Leloir, en revanche, s'étonnait que la Cour de cassation exige la notification de l'ordonnance de soit-communicé dans ce cas (121). Le caractère juridictionnel de cet acte ne lui paraît pas exact. D'une part, la défense ne pourrait, de ce fait même, obtenir la communication du dossier de la procédure, car aucun texte ne la prévoit. D'autre part, les observations qui seraient présentées devant le juge amèneraient à penser qu'un débat contradictoire pourrait s'instaurer avant la clôture de l'instruction.

Si ce système était préconisé dans le projet de loi de 1882, la loi de 1897 n'a rien prévu de semblable : aucun délai minimum n'est imposé au procureur de la République avant de prendre ses réquisitions, et le juge d'instruction peut immédiatement régler la procédure, car aucun texte n'y fait obstacle.

Malgré ces arguments théoriques fondés sur l'exégèse des textes, Leloir, toutefois, approuvait la solution jurisprudentielle, car il n'est pas dans les mœurs judiciaires de brusquer les choses. L'ordonnance de soit-communicé n'est pas un acte juridictionnel puisqu'elle ne résout aucun point litigieux ; cependant la communication au ministère public marque un temps dans la marche de la procédure et la défense a quelque intérêt à en connaître l'existence. Si cette pratique doit être continuée, c'est à raison uniquement de son utilité et non pas de l'application d'un principe de droit.

229. — Pour notre part, l'ordonnance de soit-communicé, rendue en vertu de l'article 175 C.P.P. (art. 127 C.I.C.), possède véritablement le caractère juridictionnel. Nous suivrons en cela l'opinion de l'avocat

(119) ROUX, note sous crim., 24-6-1898 ; S. 1901.I.153 (p. 2) et sous Crim., 10-2-1923 ; S. 1923.I.233.

(120) Voir, dans le même sens, DONNEDIEU de VABRES, n° 1347 ; F. HÉLIE et BROUCHOT, I, n° 243 ; MARQUSET, « Manuel pratique de l'Instruction », p. 246 ; ROUSSELET-PATIN, « Le ministère public », p. 382 ; « Dictionnaire des Parquets », de LE POITEVIN ; V° ordonnances du juge d'instruction, n° 2, 10 ; M. VITU émet des doutes sur la portée de la jurisprudence, *op. cit.*, p. 309.

(121) LELOIR, note au D.P., 1934.I.121 (sous Crim., 4-1-1934).

général Feuilloley (122) qui s'exprimait ainsi : « Je considère également comme ordonnance au sens de l'article 10, p. 2, les ordonnances de soit-communiqué par lesquelles le juge déclare que la procédure est terminée (art. 127 C.I.C.). Ces ordonnances doivent être notifiées parce qu'elles ont le caractère de décision de juge, constituant des actes de juridiction. »

Plus récemment, M. Gollety déclare : « L'ordonnance de soit-communiqué, par laquelle le juge estime que sa procédure est complète, a évidemment un caractère juridictionnel » (123). Il montre, à l'appui de cette affirmation, que l'ordonnance rendue avant la clôture de l'instruction n'a pas la même apparence formelle : elle contient, en effet, les noms, les prénoms des inculpés, la date de mise sous mandat ; elle doit, en outre, viser l'article 175 C.P.P. et déclarer que l'instruction paraît terminée. « C'est ce fait même qui donne à l'ordonnance de soit-communiqué son caractère juridictionnel, car, sauf réquisitions supplétives, ladite ordonnance va être suivie de réquisitions tendant à la clôture de l'information. »

Le caractère juridictionnel de l'ordonnance ne résulte donc pas de la proximité du règlement de la procédure. Sinon, il serait difficile d'admettre qu'une ordonnance puisse emprunter le caractère juridictionnel d'une décision future, qui n'existe pas. Cet acte futur n'est pas toujours certain. Il peut arriver qu'au vu des réquisitions du ministère public, le juge décide de prolonger son enquête. Dès lors, si l'on attribuait le caractère juridictionnel en fonction de la décision à venir, le sort de l'ordonnance de soit-communiqué varierait selon que le juge clôture son enquête (acte juridictionnel), ou poursuit ses investigations (acte d'instruction). Une telle conséquence condamne cette explication, car elle va à l'encontre de la sécurité juridique.

Au demeurant, comment justifier l'extension donnée par la jurisprudence à la loi de 1897 — qu'elle a toujours interprétée restrictivement — sans se fonder sur la nature spécifique de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la clôture ?

230. — En réalité, les magistrats de la haute juridiction ont apprécié très précisément les circonstances dans lesquelles le juge prend cette ordonnance. Le juge dans ce cas prononce un jugement de valeur sur la procédure : il a examiné le dossier, pesé chaque élément et estimé que toutes les recherches possibles avaient été conduites. Cette décision ne saurait suffire pour saisir une juridiction de jugement, il n'empêche qu'elle manifeste clairement l'intention du juge de mettre fin à sa saisine. Les investigations menées étant suffisantes, le juge possède, dès lors, tous les éléments pour résoudre le

(122) Réquisitoire de l'avocat général FEUILLOLEY devant la chambre criminelle le 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113.

(123) GOLLETY, note sous Crim., 12-11-1959 ; D. 1960, p. 60. Voir aussi du même auteur, chr. à la Rev. Sc. crim., 1958, p. 172.

problème posé par le réquisitoire introductif d'instance, ou la plainte de la victime.

Bien qu'elles ignorent en quel sens la décision du juge sera prise, les parties ont tout intérêt à connaître l'existence de cette ordonnance de soit-communiqué : elles pourront présenter des observations au juge, suggérer tel ou tel acte d'instruction nouveau (124). La partie civile a également intérêt à savoir que l'information va être clôturée surtout lorsqu'elle est à l'origine des poursuites : elle pourra indiquer de nouvelles investigations possibles pour déterminer la manifestation de la vérité.

Ainsi, à notre sens, pour connaître la nature exacte de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à une ordonnance de règlement, il suffit d'examiner cet acte qui renferme une appréciation sur l'état de la procédure. Quelles que soient les réquisitions du ministère public, cette ordonnance conserve le caractère juridictionnel, car elle contient un jugement sur la procédure.

Avec l'ordonnance de soit-communiqué rendue préalablement à une ordonnance de règlement, nous sommes ainsi arrivés à la clôture de l'instruction.

§ 3. — Les ordonnances juridictionnelles qui interviennent à la clôture de l'instruction.

231. — Ces ordonnances peuvent être de différents ordres. Lorsque le juge estime que les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale, ou lorsque les charges réunies contre l'inculpé ne sont pas suffisantes pour prouver sa participation au fait délictueux, une ordonnance de non-lieu à suivre est prise. En toute autre hypothèse, le juge d'instruction prend une ordonnance de renvoi, soit devant le tribunal de police si le fait est de nature à entraîner l'application d'une peine de police, soit devant le tribunal correctionnel si la peine encourue est de nature correctionnelle. S'il s'agit d'un crime, le renvoi est effectué devant la chambre d'accusation et l'ordonnance de renvoi est dénommée « ordonnance de transmission de pièces au procureur général ».

Ces différentes ordonnances présentent au premier aspect le caractère juridictionnel, car elles tranchent une question : de la solution choisie dépend le sort futur de l'inculpé, mais aussi celui de l'action publique.

Si le juge clôt son enquête par une décision de non-lieu, les poursuites se trouvent arrêtées définitivement, sous réserve du droit d'appel du ministère public et de la partie civile. La survenance de charges nouvelles peut seule autoriser le ministère public à ordonner la réouverture de l'instruction (art. 188 C.P.P.).

(124) En ce sens, VITU, *op. cit.*, p. 309.

Le caractère juridictionnel de ces actes n'est pas contesté : les ordonnances de clôture marquent en effet l'achèvement de l'instruction et sont comparées aux décisions par lesquelles les juridictions de jugement mettent fin à leur saisine.

Dans ces conditions, les magistrats n'ont pas manqué de notifier ces ordonnances aux conseils. La circulaire du garde des Sceaux du 10 décembre 1897 indiquait, d'ailleurs, que la notification devait avoir lieu pour cet acte particulièrement important. Aussi relativement à ces ordonnances de clôture, n'avons-nous pas trouvé de jurisprudence ni de littérature juridique abondante, à l'exception de l'ordonnance de non-lieu qui présente certaines caractéristiques particulières.

Nous avons déjà eu l'occasion de présenter les relations qui existaient entre l'ordonnance de non-lieu et l'ordonnance d'incompétence. Certains inculpés ont qualifié de « conclusions d'incompétence » des observations qui, en réalité, tendaient au prononcé d'une ordonnance de non-lieu : de cette manière, ils espéraient obtenir une voie de recours contre l'ordonnance du juge.

A. — LE CARACTÈRE JURIDICTIONNEL DES ORDONNANCES DE RÈGLEMENT.

232. — Dès le début du XIX^e siècle la jurisprudence a reconnu le caractère juridictionnel des ordonnances de clôture, en les assimilant aux décisions des juridictions de jugement.

Le 27 juin 1811 (125), la Cour de cassation reconnaissait que l'ordonnance de la chambre du conseil (ses attributions n'ont été transférées au juge d'instruction qu'en vertu de la loi du 17-7-1856) portant renvoi devant le tribunal correctionnel n'a les effets d'un jugement définitif qu'en ce qu'elle saisit le tribunal pour statuer sur le délit. Dès lors, elle ne peut absolument pas lier les juges en ce qui concerne la qualification du fait.

Cet acte, à défaut d'être toujours une décision définitive, comporte toujours une appréciation, et de plus il épuise la juridiction du juge d'instruction. Cette conception est valable quel que soit le renvoi : devant le tribunal de police, le tribunal correctionnel (126), ou devant la juridiction d'instruction du deuxième degré (127). Il en est de même pour l'ordonnance de non-lieu. Par un arrêt du 13 septembre 1849 (128), la Cour de cassation décidait que l'autorité de la chose jugée n'est acquise par une ordonnance de non-lieu que si elle ne se trouvait pas frappée d'appel dans le délai légal par le ministère public, en l'absence de partie civile.

L'autorité de la chose jugée en matière d'ordonnances du juge d'instruction possède une force moins grande. C'est une mesure provisoire. La Cour de cassation a toujours montré que la chose jugée

(125) Crim., 27-6-1811, B. 94.

(126) En ce sens, Crim., 25-1-1898, B. 234 ; Crim., 7-8-1901, B. 229.

(127) Crim., 5-1-1923 ; D.P. 1923.I.56 ; Crim., 30-11-1933 ; D.P. 1934.I.121, note Leloir. Voir en outre *infra*, n^{os} 502 et ss, 559 et ss.

(128) Crim., 13-9-1849, B. 240.

au cours de l'instruction n'avait pas de valeur absolue. Ainsi, le 30 juin 1864 (129), il est précisé qu'une ordonnance de non-lieu ne constitue pas de manière absolue la chose jugée, puisqu'il peut être procédé sur les charges nouvelles, non devant la juridiction correctionnelle incompétente, mais devant le juge d'instruction qui avait rendu l'ordonnance. Encore faut-il que cette ordonnance soit effectivement une ordonnance de non-lieu.

B. — LES PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LES ORDONNANCES DE NON-LIEU.

233. — Il arrive parfois que le juge saisi d'un fait par le réquisitoire introductif soit amené, au cours de ses recherches, à modifier la qualification juridique de l'agissement délictueux. Un crime peut ainsi se révéler un délit, une escroquerie revêtir la qualification de vol.

Si l'on suppose que le procureur de la République maintient la qualification première, le magistrat instructeur motivera son choix. Il indiquera alors son refus de procéder au renvoi sous le chef de crime. Certains inculpés — ou du moins leurs conseils — ont estimé qu'il s'agissait *parte in qua* d'une ordonnance de non-lieu, et que la juridiction de jugement était incompétente pour se prononcer tant que l'ordonnance de non-lieu n'aurait pas été anéantie par une reprise de l'instruction sur charges nouvelles. C'est qu'en effet, l'ordonnance de non-lieu possède un caractère de vérité juridique qui s'impose aux juridictions de jugement, tant qu'elle n'a pas été rapportée.

Mais interpréter ainsi une ordonnance par laquelle le juge renvoie l'inculpé devant une juridiction de jugement alors que le fait matériel accepte une qualification pénale, serait reconnaître un effet absolu à l'autorité de la chose jugée. Il est, au contraire, admis que la qualification des faits par le juge d'instruction ne peut lier le juge de la juridiction de jugement (130). Ce dernier peut retenir une autre qualification rentrant dans sa compétence, ou estimer que l'infraction déferée devant lui ne relève pas de sa compétence. Cette exception ne peut jouer devant la cour d'assises, qui, en raison de son fondement de justice populaire, possède la plénitude de juridiction (art. 231 C.P.P.). Ainsi cette juridiction pourrait examiner une contravention, si, par erreur, elle se trouvait saisie d'un tel fait.

234. — La véritable ordonnance de non-lieu possède une autorité provisoire, les poursuites pouvant toujours reprendre par survenance de témoignages nouveaux, ou par suite de constatations effectuées à

(129) Crim., 30-6-1864, B. 167. Voir STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 691, 700 ; LÉAUTÉ, *Jurisl. Instr. Crim.*, App. 1 à 4, fasc. II ; GAVALDA, « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », J.C.P. 1957.I.1373 ; VALTICOS, « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil » ; VITU, *op. cit.*, p. 311.

(130) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 691 ; VITU, *proc. pénale*, pp. 311 et 446.

propos d'une autre infraction (131). Mais pour être véritablement une ordonnance de non-lieu, il est nécessaire que le juge repousse toute accusation (132). S'il ne s'agit que d'une disqualification, le prévenu ne pourra invoquer cette motivation en forme de non-lieu devant la juridiction du jugement. D'ailleurs, d'une manière beaucoup plus générale, les qualifications du juge d'instruction ne lient jamais les juges de répression. Ceux-ci, avant tout examen au fond, peuvent examiner au préalable leur compétence (133).

L'ordonnance qui change la qualification des faits ne peut pas même être admise comme ordonnance de non-lieu en ce qui concerne la qualification primitivement retenue. Telle est la solution d'un arrêt de la chambre criminelle du 6 février 1885 (134). Cette ordonnance, en effet, ne repousse pas l'accusation : le fait dont était saisi le juge d'instruction peut être examiné sous toutes les qualifications pénales possibles. Il ne peut y avoir de véritable ordonnance de non-lieu lorsque le juge, loin d'estimer que les faits ne peuvent être qualifiés, leur attribue une appréciation conforme aux éléments réunis au cours de l'information. C'est ce que décide constamment la chambre criminelle à propos des ordonnances de disqualification (135).

235. — Ainsi, en ce qui concerne les ordonnances de règlement ou de clôture, le problème est déplacé par rapport aux autres hypothèses d'ordonnances juridictionnelles. L'application de la loi du 8 décembre 1897 n'a pas donné lieu à une grande activité jurisprudentielle. Seul un arrêt du 7 août 1901 (136) rappelle que l'ordonnance de renvoi devant la chambre d'accusation devait être portée immédiatement à la connaissance du conseil de l'inculpé. Ce même arrêt interprétait aussi restrictivement les dispositions favorables de la loi de 1897, en indiquant qu'elles ne pouvaient trouver application devant la juridiction d'instruction du deuxième degré (137).

En définitive, les ordonnances de clôture ne soulèvent des problèmes qu'en ce qui concerne l'autorité de chose jugée attachée aux ordonnances de non-lieu.

(131) Crim., 17-1-1867, B. 11.

(132) Crim., 14-3-1868, B. 73.

(133) Crim., 14-3-1868, B. 73, 8-5-1868, B. 124 ; Crim., 10-9-1868, B. 208.

(134) Crim., 6-2-1885, B. 52.

(135) Crim., 7-12-1955, B. 545. Voiv aussi, Crim., 12-1-1954, B. 10 et Crim., 15-12-1932, B. 259 ; VIRU, *op. cit.*, p. 446.

(136) Crim., 7-8-1901, B. 229.

(137) Une solution défavorable à l'inculpé avait été adoptée dans un arrêt du 21-4-1904 (B. 187) : une ordonnance de non-lieu avait été frappée d'appel et la Cour de cassation décide que le juge n'a pas à prendre une ordonnance de transmission non prévue par la loi. Aucun texte, en effet, n'exigeait que l'inculpé se trouve averti de la transmission des pièces à la chambre d'accusation (actuellement, l'art. 197 C.P.P. prévoit que le procureur général doit avertir l'inculpé de la date de l'audience).

236. — L'introduction du Code de procédure pénale n'apporte pas d'élément nouveau quant au caractère juridictionnel des ordonnances de règlement.

Aux termes de l'article 176 C.P.P., le juge d'instruction est tenu d'examiner « s'il existe contre l'inculpé des charges constitutives d'infraction à la loi pénale ». Les articles 177 à 183 C.P.P. déterminent les différentes ordonnances que peut prendre le juge d'instruction pour clore la procédure.

Comme le signale la circulaire prise pour l'application du Code, ces articles « appellent peu d'observations, car ils reprennent l'essentiel, en les complétant sur certains points, des articles 127 à 134 du C.I.C. » (art. C. 363).

La seule innovation vraiment importante résulte de la possibilité ouverte, par l'article 182 C.P.P., au juge d'instruction, de prendre en cours d'information des ordonnances portant non-lieu partiel.

237. — Jusqu'alors, le juge d'instruction ne pouvait prendre une telle ordonnance qu'à la fin de son instruction. Etant saisi *in rem*, il arrivait parfois qu'il reconnaisse que telle personne ne doit pas faire l'objet de poursuites. Il était cependant nécessaire que ces personnes inculpées continuent à figurer en nom dans l'affaire jusqu'à la clôture définitive de l'enquête. Une telle manière de procéder ne pouvait manquer de porter préjudice à cette personne inculpée à tort, et cela d'autant plus qu'une ordonnance de non-lieu n'autorise nullement l'inculpé déchargé de toute inculpation à réclamer des dommages et intérêts (à moins qu'il n'y ait lieu d'appliquer les dispositions de la loi du 2 juillet 1931, si les poursuites ont été déclenchées par une constitution de partie civile, dispositions qui figurent à l'article 91 C.P.P.) (138).

La portée de l'innovation de l'article 182 C.P.P. est précisée à l'article C 364 : lorsque le juge découvre au cours du déroulement de ses opérations qu'un ou plusieurs inculpés sont innocents, il ne savait auparavant comment faire pour le libérer des liens de la prévention. Désormais le juge dispose d'un moyen d'écarter l'inculpation de telle personne, sans pour autant se dessaisir de la procédure.

238. — Cette ordonnance de non-lieu partiel, comme toutes les ordonnances de règlement, possède les caractères d'un acte juridictionnel. Le juge, qui avait inculpé telle personne, reconnaît qu'elle n'a pas participé aux faits en question. Il fait droit, ainsi, aux déclarations d'innocence que ne devait pas manquer de faire cette personne.

Il importera de respecter tout le formalisme applicable aux ordonnances juridictionnelles. Cette décision risque, en effet, de porter préjudice aux intérêts d'une partie civile et le droit d'appel pourrait être exercé, selon l'article 186 C.P.P. Un coïnculpé peut également

(138) Voir pour une application de l'art. 91 C.P.P. : Crim., 14-3-1961, B. 159 et Crim., 20-12-1961, B 540.

avoir intérêt à connaître cette ordonnance qui accorde des avantages à un tiers, en les lui refusant formellement.

Ainsi cette ordonnance de non-lieu, tout comme une autre ordonnance de règlement, possède-t-elle les caractéristiques d'un acte juridictionnel (139).

Ce sont ces caractéristiques que nous voudrions essayer de regrouper et de dégager.

SECTION II

ESQUISSE D'UNE THEORIE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL DU JUGE D'INSTRUCTION

239. — La jurisprudence relative à l'acte juridictionnel s'est élaborée principalement à propos de la communication des ordonnances du juge prévue à l'article 10 de la loi de 1897. Actuellement encore, il importe de connaître véritablement les caractères de l'acte juridictionnel puisque l'article 183 C.P.P. fait une obligation au magistrat instructeur de donner connaissance aux conseils des parties, dans les 24 heures, de toute ordonnance juridictionnelle.

Nous envisagerons d'abord la notion d'acte juridictionnel avant de marquer le particularisme de l'acte juridictionnel rendu au cours de l'instruction préparatoire.

§ 1. — La notion d'acte juridictionnel.

240. — Pour déterminer les actes juridictionnels on peut, en premier lieu, penser à se référer au droit d'appel. Seront juridictionnelles les ordonnances susceptibles de voies de recours. Mais, à propos de l'ouverture du droit d'appel, la jurisprudence a adopté une attitude nuancée. Restrictive pour admettre le recours de l'inculpé et même celui de la partie civile, la Cour de cassation a adopté une interprétation extensive pour autoriser le ministère public à exercer une voie de recours. L'article 135 al. 1 C.I.C. (art. 185 C.P.P.) permet au procureur de la République de faire appel de toute ordonnance sans distinguer entre les actes juridictionnels et les autres (140). Ainsi, il est permis de dire que l'acte juridictionnel du juge d'instruction ne va pas se révéler par son apparence extérieure. La forme ne sera pas un élément décisif.

(139) Le caractère juridictionnel d'une ordonnance de non-lieu a été implicitement reconnu par la chambre criminelle dans un arrêt en date du 18 janvier 1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 48.

(140) Voir ainsi, Crim., 8-7-1958, B. 526 ; Crim., 15-11-1956, B. 753.

Le juge est amené, au cours de son enquête, à rendre de nombreux actes en forme d'ordonnances, sans qu'il s'agisse toujours d'actes juridictionnels. Une mesure d'instruction, ou même une mesure d'ordre purement interne peuvent être prises par voie d'ordonnance (141).

Lorsque le juge prescrit un transport sur les lieux, il rend une ordonnance. De cette manière le procureur de la République pourra décider d'accompagner ou non le juge. Il en est de même pour l'expertise : le magistrat la prescrit par voie d'ordonnance. Toute communication de la procédure au ministère public s'effectue au moyen d'une ordonnance de soit-communiqué, simple acte d'administration, destiné à prouver les diligences du juge ou à justifier le dessaisissement matériel.

241. — La Cour de cassation a donc recherché parmi toutes les ordonnances du juge, celles qui véritablement étaient la manifestation d'un acte de juridiction.

Pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que le juge tranche un litige. S'il effectue un acte d'instruction, il ne tranche rien, il ne juge rien. Il indique seulement dans quel sens il entend diriger désormais ses recherches. De même, l'acte d'administration judiciaire ne résout aucune difficulté. C'est le seul intérêt d'une bonne administration de la justice qui a amené son prononcé.

L'acte juridictionnel, en revanche, tranche un point de droit. Une victime désire se constituer partie civile, l'accusé peut lui contester son droit, parce que le préjudice subi n'est ni direct, ni personnel. Le juge, en déclarant la recevabilité ou la non-recevabilité de l'action, prononce le fait et le droit. Il en est de même pour l'ordonnance de soit-communiqué préalable à une décision de clôture, le juge reconnaît qu'il possède tous les éléments pour statuer. Le magistrat instructeur ne procédera plus en principe à des actes d'enquête, il clôturera son information.

242. — Parfois le litige n'est pas encore totalement constitué. Ainsi en est-il lorsque l'une des parties suggère au juge d'accomplir tel ou tel acte. Le magistrat apprécie la demande. S'il y fait droit, la mesure est un véritable acte d'instruction du moment que l'acte sollicité vise la recherche de la vérité. En revanche, le refus du juge fait apparaître un litige, et en ce cas, l'acte est juridictionnel.

Le Code de procédure pénale manifeste particulièrement cette tendance. Une demande d'expertise acceptée par le magistrat constitue un authentique acte d'instruction, tandis que le rejet de la demande réalise un acte juridictionnel.

C'est d'ailleurs pour bien marquer ce caractère juridictionnel que la loi fait une obligation au magistrat de motiver sa décision. Il en est ainsi, notamment, des différentes ordonnances rendues par le juge d'instruction en matière d'expertise. Il peut sembler que cette obli-

(141) Voir une énumération des différentes ordonnances juridictionnelles in COLLETY, « Les ordonnances de soit-communiqué », Rev. Sc. crim., 1958, p. 172.

gation soit destinée à éliminer tout arbitraire de la part du magistrat instructeur. En réalité, c'est un élément indispensable de la décision, nécessaire à son existence même. Tout acte juridictionnel doit être motivé, la décision d'un magistrat doit s'appuyer sur des motifs réels et sérieux.

Dans certaines hypothèses, la loi a même prévu que l'ordonnance soit spécialement motivée pour tenter d'écarter les clauses de style qui ne peuvent convenir aux décisions juridictionnelles.

En définitive, l'acte juridictionnel apparaît, selon l'excellente formule de l'avocat général Feuilloley (142), comme la décision par laquelle « le juge dit le fait et le droit applicable au fait ». Toutefois, en matière d'instruction préparatoire, l'acte juridictionnel va revêtir certains aspects particuliers.

§ 2. — Le particularisme de l'acte juridictionnel rendu au cours de l'instruction préparatoire.

243. — De ce qu'un acte possède le caractère juridictionnel devraient découler normalement deux conséquences : d'une part, une voie de recours pourrait être exercée immédiatement à l'encontre de cette décision par le plaideur insatisfait, d'autre part cette décision posséderait l'autorité de la chose jugée. Or, sur ces deux points, l'acte juridictionnel rendu en cours d'instruction présente des particularités qui tiennent précisément au caractère préparatoire de l'enquête judiciaire.

A. — LE PARTICULARISME DU DROIT D'APPEL.

244. — Toute décision juridictionnelle peut normalement être portée devant un juge supérieur hiérarchiquement, afin d'assurer une bonne justice aux particuliers. La justice, en effet, est rendue par des hommes qui peuvent se tromper. Pour limiter les risques d'erreurs, le législateur a permis que l'on saisisse un autre juge de la même question. Mais cette faveur n'est pas ouverte dans tous les cas. Lorsque le litige est d'importance assez minime, le droit d'appel n'est pas ouvert. En matière civile, des jugements sont rendus en premier et dernier ressort, lorsque les intérêts en cause ne dépassent pas un certain taux. En matière répressive même, l'appel n'est pas admis à l'égard de certaines contraventions (art. 546 C.P.P.), en raison de la faible condamnation prononcée. Le droit d'appel n'est pas possible, non plus, à l'égard des décisions des cours d'assises, en raison du caractère populaire de la justice ainsi rendue.

245. — Dans ces conditions, n'est-il pas normal que le droit d'appel ne soit pas toujours admis en matière d'instruction préparatoire ?

(142) Réquisitions de l'avocat général FEUILLOLEY, 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113.

La procédure suivie n'est pas définitive, la décision finale pouvant toujours être une ordonnance de non-lieu. Autoriser une voie de recours à l'encontre de tout acte juridictionnel, cela risque d'allonger le déroulement de la procédure de matière inutile. C'est dans cet esprit que le législateur a toujours accordé le droit d'appel aux parties, en cours d'instruction préparatoire. Le Code d'instruction criminelle n'avait prévu que quelques hypothèses à l'article 135. La jurisprudence devait élaborer une première conception du droit d'appel que la loi du 17 juillet 1856 consacra.

Le droit d'appel de l'inculpé est limité aux ordonnances statuant sur la détention et la compétence. La partie civile se voit offrir un droit plus étendu, mais limité en fait à ses seuls intérêts civils. Le ministère public, en revanche, reçoit un droit général d'appel à l'égard de toute ordonnance du juge, probablement parce que le législateur ne craint pas, de sa part, un usage excessif de cette voie de recours.

246. — Cette conception restrictive du droit d'appel est consacrée par le Code de procédure pénale. L'article 186 C.P.P. détermine limitativement les hypothèses où l'inculpé peut faire appel d'une ordonnance du juge d'instruction. Bien que les cas soient plus nombreux que par le passé, il n'empêche que l'inculpé ne dispose pas d'un droit général. D'ailleurs, la Cour de cassation a déjà manifesté qu'elle entendait ne pas étendre le droit de l'inculpé. Les arrêts rendus par la chambre criminelle, notamment les 5 mai 1960, 2 novembre 1960, 6 janvier et 1^{er} février 1961, sont à cet égard significatifs (143).

La partie civile voit également son droit de recours élargi. Cette mesure apparaissait en pratique nécessaire : normalement, la clause générale de l'appel à l'encontre de toute ordonnance faisant grief aux intérêts civils aurait dû suffire, puisque le fondement de l'admission de la partie civile repose sur la réparation du dommage qu'elle a subi (art. 2 et 85 C.P.P.) (144). Mais les cas où il a été fait application de ce texte ont été rares et c'est ce qui explique l'énumération des hypothèses de l'article 186.

Quant au ministère public, le législateur ne craint pas qu'il utilise son droit d'appel à des fins dilatoires, et l'article 185 C.P.P. l'autorise à faire appel de toute ordonnance du juge d'instruction.

Bien que le droit d'appel se trouve restreint à certaines hypothèses, cela ne doit pas amener à penser que les autres actes ne possèdent pas de caractère juridictionnel.

(143) Arrêts rapportés au D. 1961, p. 581, avec une note signée M.R.M.P. Nous nous contentons ici de cette remarque, car il est hors de notre propos d'envisager à cet endroit les droits de l'inculpé ou le problème des nullités de l'instruction.

(144) Voir ainsi l'arrêt de Crim., 9-2-1961 ; D. 1961, p. 306 (B. 83) ; J.C.P. 1961.II.12004, rapport COMBALDIEU ; Crim., 6-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 308, p. 654 ; Crim., 16-3-1964 ; J.C.P. 1964.II.13744, note A.P. ; Crim., 18-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 303, p. 639. Voir aussi Crim., 17-11-1964 ; J.C.P. 1965.II.14052 (B. 300) et Crim., 6-10-1964, B. 256, p. 549.

247. — Nous donnerons un exemple de cette dissociation possible des notions d'acte juridictionnel et d'acte susceptible d'appel, à propos de l'ordonnance de clôture de l'information.

Prévenu de la clôture prochaine de l'instruction par l'ordonnance de soit-communié, l'inculpé ou son conseil peut présenter au juge des conclusions tendant au prononcé d'un non-lieu, ou à l'exécution de tels ou tels actes supplémentaires. Si ce magistrat ne suit pas les suggestions de l'inculpé, ce dernier ne disposera d'aucune voie de recours, et cependant l'ordonnance de clôture présente les caractéristiques d'un acte juridictionnel.

En effet, supposons que le magistrat instructeur ordonne un non-lieu : l'inculpé n'a pas intérêt à attaquer cette décision qui le met hors de cause. Et, cependant, cette personne peut avoir un intérêt — au moins moral — à ce que le motif de l'ordonnance soit changé. Une telle voie de recours n'a pas été admise, et, néanmoins, la décision du juge est juridictionnelle.

L'inculpé ne disposerait pas plus d'un droit d'appel si le juge décidait la prévention établie et le renvoi devant une juridiction de jugement. En matière criminelle, le droit d'appel n'est pas nécessaire puisque, de toute façon, la chambre d'accusation doit examiner la procédure avant que l'infraction ne soit jugée par une cour d'assises. Mais l'inculpé pourrait avoir intérêt à saisir la juridiction d'instruction du deuxième degré pour faire déclarer sa non-participation au fait délictueux. Jamais une voie de recours n'a été admise : la Cour de cassation considère, en effet, que les droits du prévenu demeurent entiers. Il pourra présenter devant la juridiction de jugement tous arguments utiles à sa défense. L'ordonnance de renvoi ne préjuge rien quant à la compétence de la juridiction de jugement ni quant à la qualification des faits poursuivis. Il est cependant peu agréable d'être conduit devant une juridiction de jugement, même pour y être acquitté, si le même résultat pouvait intervenir au stade de l'instruction. La jurisprudence sur ce point n'a pas subi de variation. De *lege ferenda*, la question avait été posée de savoir s'il ne conviendrait pas d'admettre le droit d'appel à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel. Finalement, la consécration expresse d'un droit a été rejetée, car l'on a craint, dans l'hypothèse d'un insuccès, que le prévenu ne soit déjà dans une situation de culpabilité trop marquée aux yeux de ses juges (145).

Même en l'absence de toute voie de recours, l'ordonnance de règlement de l'information possède véritablement un caractère juridictionnel.

Ainsi y a-t-il dissociation entre acte juridictionnel et acte susceptible de voie de recours en matière d'instruction préparatoire.

(145) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 744. Voir ainsi Crim., 12-10-1961, B. 400 ; D. 1962, p. 367.

Mais le particularisme de l'acte juridictionnel ne se borne pas à ce seul aspect, il apparaît aussi à propos de l'autorité de la chose jugée.

B. — LE PARTICULARISME DE LA CHOSE JUGÉE.

248. — Lorsqu'une juridiction a tranché un litige, elle ne peut, d'aucune façon, se saisir à nouveau de l'affaire et la résoudre d'une autre manière. De même, le prononcé de cette décision interdit à toute autre juridiction de connaître du même litige : la chose jugée s'oppose à la reprise du litige.

En matière d'instruction préparatoire, l'autorité de la chose jugée se trouve tempérée par le caractère provisoire de la procédure. Ainsi, la décision du juge d'instruction à propos de la qualification des faits peut être modifiée par la juridiction de jugement (146).

L'acte juridictionnel par excellence de l'instruction préparatoire ne possède pas une pleine autorité de chose jugée. L'ordonnance de renvoi du juge d'instruction ne lie pas la juridiction de jugement : cet acte, par surcroît, ne résout pas la question de compétence. L'ordonnance du juge n'est pas attributive de compétence (147).

L'ordonnance de non-lieu elle-même ne possède qu'un caractère provisoire. Si des éléments nouveaux venaient à être révélés, le ministère public pourrait solliciter la réouverture d'une information malgré la présence d'une ordonnance de non-lieu (art. 188 et ss. C.P.P.). En pareille hypothèse, ce droit n'est reconnu qu'au ministère public (art. 190 C.P.P.), à l'exclusion de la partie civile (148).

249. — Si l'acte qui manifeste le plus le caractère juridictionnel est reconnu par la jurisprudence comme ne possédant qu'un caractère provisoire, une autorité de chose jugée non définitive, il doit en être de même pour les autres actes qui interviennent en cours d'instance.

Ainsi, quand le juge refuse d'ordonner une mesure d'instruction, cet acte possède le caractère juridictionnel. Mais rien n'empêche le magistrat de décider ultérieurement cette mesure nécessaire (149). Une expertise refusée un jour peut être déclarée utile plus tard, sans que le juge ne se heurte à l'autorité de la chose jugée.

(146) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 691 ; VIRU, p. 311.

(147) L'exception qui ferait dire que la cour d'assises n'a pas besoin d'examiner sa compétence n'en est une qu'apparement. La cour d'assises, d'une part, n'est pas saisie par une ordonnance du juge, mais par l'arrêt de la chambre d'accusation. D'autre part, en raison de son fondement populaire, la cour d'assises a compétence pour juger le fait déferé, quelle que soit sa qualification (art. 231 C.P.P.).

(148) L'article 190 C.P.P. ne fait que reprendre la solution dégagée par la Cour de cassation, chambres réunies, le 29-1-1931 (D.P. 1931.I.89). Voir, pour une application de la règle : Crim., 17-1-1962, Bull. Crim., 1962, n° 38 ; Crim., 17-7-1957 ; Bull. Crim., 1957, n° 550.

(149) Voir ainsi Crim., 4-4-1962, Bull. Crim., 1962, n° 162, qui décide qu'un juge n'est pas lié par une mesure d'expertise ordonnée précédemment.

Ce caractère provisoire de l'autorité de la chose jugée apparaît également à propos de l'ordonnance de soit-communiqué préalable au réquisitoire définitif. Si le procureur de la République présente des observations pour que l'instruction soit continuée par l'accomplissement de nouveaux actes d'instruction, ou par l'inculpation de nouvelles personnes, le juge peut accepter ces conseils et poursuivre l'information. L'ordonnance de soit-communiqué conserve son caractère juridictionnel bien que le juge continue ses investigations, et celles-ci ne peuvent s'opposer à l'autorité de chose jugée de l'ordonnance.

250. — De nombreux autres exemples pourraient être présentés du caractère très relatif de l'autorité de la chose jugée. La matière de la liberté provisoire, notamment, reflète cet aspect. Quand le juge autorise un inculpé détenu à bénéficier d'une mesure de liberté provisoire, il rend une décision juridictionnelle. Mais le juge n'est pas lié par cette ordonnance. Si la détention s'avère à nouveau nécessaire, le juge peut anéantir l'autorité de la chose jugée en ordonnant une nouvelle arrestation.

En définitive, l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux actes juridictionnels du juge d'instruction peut être comparée à celle des décisions préparatoires ou avant-dire droit des juridictions de jugement. Ces décisions sont bien juridictionnelles, mais la juridiction possède la faculté de modifier une décision antérieure tant que le jugement définitif n'est pas intervenu. En matière d'instruction préparatoire, toutefois, toutes les décisions juridictionnelles du juge d'instruction possèdent ce caractère provisoire.

251. — Ainsi, l'acte juridictionnel présente-t-il des particularités tenant essentiellement au caractère préparatoire de l'enquête judiciaire. Un problème, cependant, risque d'être soulevé à propos de l'interruption de la prescription. Quelle valeur, à cet égard, vont présenter les actes de juridiction ?

Les articles 7 à 9 du Code de procédure pénale disposent que la prescription sera interrompue par tout acte de poursuite ou d'instruction. Dès lors, le problème est de savoir quelle qualification attribuer à l'acte de juridiction.

De manière générale, il apparaît que cet acte doit interrompre la prescription de l'action publique. L'oubli de l'infraction n'est pas réalisé dans ce cas puisqu'un juge tranche des litiges relatifs à cette infraction. Telle a été l'opinion de la Cour de cassation. Par un arrêt du 12 avril 1873 (150), la chambre criminelle reconnut que la prescription de l'action publique était interrompue par une ordonnance de non-lieu, c'est-à-dire par un acte juridictionnel. Quelques années auparavant (151), la Cour de cassation estimait déjà que

(150) Crim., 12-4-1873, B. 98.

(151) Crim., 27-1-1870, B. 21.

l'ordonnance de non-lieu n'avait pas pour effet d'anéantir tous les actes d'instruction antérieurs, et qu'elle pouvait influencer même le cours de la prescription.

On pourrait, en effet, penser que l'ordonnance de non-lieu ne puisse interrompre la prescription puisqu'elle reconnaît l'impossibilité d'aboutir au prononcé d'une condamnation. Mais, en réalité, l'ordonnance de non-lieu manifeste encore le souci de la justice d'aboutir à un résultat. Si cette ordonnance est motivée par des considérations matérielles, la poursuite pourra être reprise sur charges nouvelles. L'acte atteste l'impuissance de la justice mais non son insouciance.

252. — Puisque l'ordonnance de non-lieu possède un effet interruptif, il doit en être de même des autres actes juridictionnels. Mais il ne paraît pas possible de faire rentrer ces actes dans la catégorie des actes d'instruction. Bien que l'acte de juridiction tranche un litige, il ne contribue pas directement à la manifestation de la vérité. Il peut arriver, du reste, que le juge parvienne à obtenir la connaissance précise des faits sans qu'il ait été amené à trancher des litiges. En revanche, il est toujours obligé d'accomplir des actes d'instruction pour aboutir à ce résultat.

253. — L'acte juridictionnel, en réalité, doit être considéré, du point de vue de l'interruption de la prescription, comme un acte de poursuite. En effet, tout acte de juridiction du juge manifeste son désir de ne pas abandonner l'action publique. La meilleure preuve qu'il ne se désintéresse pas de la poursuite, est qu'il statue sur les litiges. Tout acte juridictionnel intervenant à propos et au sujet des poursuites, doit être qualifié d'acte de poursuite.

Aboutissant à la même solution que toute ordonnance du juge est interruptive de la prescription, M. Marquiset estime que les ordonnances doivent être admises comme actes d'instruction (152).

Cette opinion ne nous paraît pas pleinement fondée dans la mesure où tous les actes juridictionnels ne servent pas à la manifestation de la vérité et, de ce fait, ne peuvent se voir attribuer la qualification d'actes d'instruction.

A la vérité, l'acte juridictionnel interrompt la prescription parce qu'il manifeste le souci permanent du juge d'aboutir à une solution dans l'affaire qui est soumise à son examen. Mais il ne peut être assimilé à un acte d'instruction puisqu'il se distingue de ce dernier par son objet.

(152) MARQUSET, « L'acte d'instruction », Rec. de Droit pénal, 1957, p. 41.

CONCLUSION.

254. — Au terme de ce premier titre, il peut sembler que l'acte d'instruction soit devenu un mythe. Le juge d'instruction, en effet, accomplit de nombreux actes qui n'ont pas pour but la recherche de la vérité, et l'on serait tenté de demander si le juge d'instruction accomplit encore des actes d'instruction. En réalité, chemin faisant, nous avons déjà aperçu quelques actes et donné les caractéristiques de ces actes. Doit être compris comme « acte d'instruction » tout acte utile et nécessaire à une juridiction pour établir sa conviction et fonder sa décision.

Au cours de la procédure définitive devant la juridiction de jugement, de tels actes existent : avant de prononcer le jugement, il est procédé à une instruction, à l'audience, destinée à mettre les juges à même de se prononcer. Il en est de même en matière d'instruction préparatoire, où le juge a deux missions à remplir : d'une part, rechercher les éléments susceptibles de le convaincre que telle personne est réellement l'auteur de telle infraction et, d'autre part, réunir tous les documents nécessaires à la juridiction de jugement pour le prononcé de sa décision.

255. — L'acte d'instruction se définit, dès lors, par son objet : c'est l'acte destiné à la manifestation de la vérité. Celle-ci pourra être obtenue principalement par deux moyens, les constatations matérielles directes et les révélations émanées de ceux qui ont assisté à l'infraction. Parmi les constatations matérielles, nous pouvons placer au premier rang le transport sur les lieux. Le juge d'instruction procède à un tel acte afin de découvrir tous indices et traces qui lui permettront d'identifier avec plus de certitude l'auteur du crime (art. 92 C.P.P.). Se trouvant sur les lieux même de la perpétration de l'infraction à la loi pénale, le juge est amené à placer sous l'autorité de la justice les documents, instruments ou objets nécessaires à la preuve de l'infraction. Pour ce faire, le juge saisira les objets.

Ainsi que l'indique l'alinéa 4 de l'article 97 C.P.P., le juge maintient uniquement la saisie des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité ou dont la communication serait de nature à nuire à l'instruction.

Ces documents ne se trouvent pas toujours sur les lieux de l'infraction. Souvent, en matière de fraudes, escroqueries ou falsifications de livres commerciaux, il est nécessaire de pénétrer au domicile même du délinquant pour parvenir à la découverte des éléments de preuve. Le juge, dans ce cas, a la faculté de procéder à la perquisition de tous lieux susceptibles de receler des objets utiles à la manifestation de la vérité (art. 94 C.P.P.).

256. — Les actes d'instruction du juge d'instruction ne se limitent pas à ces constatations matérielles. Le juge peut s'adresser à toute personne ayant une connaissance personnelle et directe de l'infraction. Au premier rang de ces personnes, figure l'inculpé : le magistrat est tenu de lui demander des explications sur les faits délictueux. Toute autre personne susceptible de fournir des renseignements peut être entendue : ce seront la victime et les témoins.

Si l'affaire présente une complexité particulière pour laquelle le juge d'instruction ne possède pas les connaissances nécessaires, il chargera de ce travail un expert. Chaque fois que le juge désigne un expert, il procède à un acte permettant de parvenir à la manifestation de la vérité. Il en est ainsi quand il s'agit de déterminer la nature ou la provenance de taches ou pour savoir si une balle peut réellement provenir de telle arme.

Le juge peut, aussi, être absorbé en même temps par de nombreux dossiers et le temps matériel lui fera défaut pour accomplir personnellement tous les actes de recherche de la vérité, aussi, a-t-il la faculté de déléguer en ses lieu et place certaines personnes qui seront censées agir au nom du magistrat mandant. L'acte d'instruction est, en effet, délégable à la différence de l'acte de juridiction qui ne peut pas être confié, même à un autre magistrat. Le pouvoir de juridiction est intransmissible. Quand le juge entend déléguer l'accomplissement de certains actes, il le fait par un acte purement administratif, la commission rogatoire. Aucune des parties à l'instance ne pourra lui reprocher d'avoir fait accomplir certains actes, car la personne déléguée, fût-elle membre de la police judiciaire, est tenue dans l'exécution des actes de suivre les mêmes règles que le juge d'instruction.

257. — Dans la mesure où la détention préventive est nécessaire à la manifestation de la vérité, soit en incitant l'inculpé à fournir des déclarations plus précises sur l'agissement criminel, soit en évitant la déperdition des traces ou preuves utiles à la vérité, il est possible de dire qu'il s'agit d'une mesure d'instruction (1).

(1) Le plus souvent, il nous faut constater que la détention préventive apparaît comme une mesure de sûreté et de garantie d'exécution de la peine, ce qui amène son prononcé par un acte véritablement juridictionnel (le mandat).

Mais le juge d'instruction n'est pas tenu uniquement de faire toute la clarté sur les faits objectivement punissables, il doit réunir tous les éléments nécessaires à la juridiction de jugement pour le prononcé de sa décision. Bien avant que ne soit inscrit dans les textes le souci d'individualisation de la peine selon le délinquant, les juges d'instruction procédaient à quelques recherches sur les antécédents de l'individu, de manière à permettre une répression adaptée au délinquant. Se présentera aussi comme un acte d'instruction, l'acte destiné à connaître plus parfaitement la personne de l'inculpé. L'enquête de personnalité prescrite par l'article 81 al. 6 C.P.P. a pour objet de parvenir à la connaissance de la vérité relativement au sujet de l'acte délictueux. Ainsi, la juridiction de jugement, au moment de prononcer une peine, pourra apprécier la mesure la plus utile au reclassement du délinquant, compte tenu de sa personnalité (2).

Le juge d'instruction peut aussi prescrire des examens plus approfondis de la personnalité du délinquant (examen médico-psychologique notamment). Ces mesures apparaîtront également comme des actes d'instruction (3).

258. — L'acte d'instruction est donc le moyen destiné à obtenir la connaissance exacte de la manière dont se sont déroulés les faits ; c'est aussi un élément de preuve. Comme l'accomplissement de cet acte révèle le souci de ne pas laisser impuni un agissement délictueux, la prescription se trouve interrompue par tout acte d'instruction (art. 7 à 9 C.P.P.).

Il est permis de se demander, alors, si l'acte d'instruction ne peut être accompli que par un juge d'instruction, car il existe de nombreuses personnes chargées de réunir des éléments pour éclairer et guider la justice pénale. Ces documents sont destinés à établir ou compléter une preuve dans une affaire pénale.

En d'autres termes, après avoir dégagé un critère objectif de l'acte d'instruction, il nous faut rechercher si ce critère ne suppose pas aussi un élément subjectif. C'est ce que nous tenterons au cours du Titre II.

(2) Cela pourra déterminer la juridiction de jugement à accorder le bénéfice des circonstances atténuantes, ou à prononcer une peine avec sursis simple ou avec mise à l'épreuve.

(3) Avant l'introduction du Code de procédure pénale, une chambre d'accusation avait admis que l'exécution de mesures relatives au passé de l'individu interrompait la prescription de l'action publique : Agen, 28-7-1949, J.C.P. 1950, II.5343, note Magnol.

TITRE II

L'ACTE D'INSTRUCTION EST-IL TOUJOURS UN ACTE DU JUGE D'INSTRUCTION ?

259. — Dans l'esprit du législateur napoléonien, seul le juge d'instruction devait mener l'enquête judiciaire, et seul il pouvait accomplir des actes d'instruction.

La pratique, cependant, devait révéler une situation différente. La police judiciaire notamment exécute de nombreux actes destinés à parvenir à la connaissance de la vérité. Bien que police et justice soient séparées et cantonnées dans des domaines différents, l'application de l'ordonnance de 1670 relative à l'instruction criminelle manifesta des empiètements de la police sur la justice. En formulant la même séparation, le Code d'instruction criminelle entendait lutter contre ces abus.

Mais, au cours de l'application du C.I.C. se dégaga le principe de l'opportunité des poursuites, suivant lequel le procureur de la République n'est pas tenu de saisir obligatoirement le juge d'instruction pour toute plainte parvenant à sa connaissance. Avant de prendre une décision, le ministère public a besoin de recueillir des renseignements pour déterminer l'opportunité d'une action pénale (art. 40 C.P.P.).

De plus, l'utilisation fréquente des délégations judiciaires incita les membres de la police judiciaire à mener des enquêtes *proprio motu*, sans qu'aucun juge n'ait prescrit quoi que ce soit. Ainsi la police judiciaire accomplit-elle des actes destinés à la manifestation de la vérité et il nous faudra rechercher si ce sont de véritables actes d'instruction.

260. — D'autres personnes sont aussi appelées à accomplir des actes très proches de ceux habituellement accomplis par le juge d'instruction. C'est le cas du préfet dont les attributions sont déterminées à l'article 30 C.P.P. (ancien art. 10 C.I.C.). En certaines matières, ce haut fonctionnaire de l'ordre administratif peut exercer une activité qui retentira sur le cours de la justice. Durant ces dernières années, il est arrivé souvent que le préfet utilise ses pouvoirs de police judiciaire pour opérer la saisie de journaux. Il importera de déterminer la nature de ces opérations : sont-elles assimilables à des actes d'instruction, ou bien au contraire ont-elles un caractère autonome ?

Enfin, des magistrats se trouvent amenés à accomplir des actes destinés à la manifestation de la vérité, en dehors du cadre de l'instruction préparatoire. Certains de ces magistrats ont des pouvoirs nettement définis : le juge des enfants et le président de la cour d'assises avant l'ouverture de la session. Il faudra rechercher si les mesures prescrites par ces magistrats peuvent être qualifiées d'actes d'instruction.

Mais devant la juridiction d'instruction du deuxième degré, ou même devant une juridiction de jugement, les éléments réunis peuvent paraître insuffisants. Un supplément d'information peut être ordonné et il faut déterminer le caractère des actes et les pouvoirs attribués à ces personnes.

261. — Si l'acte d'instruction se réfère au critère purement objectif de la manifestation de la vérité, il faut admettre que ces diverses personnes accomplissent des actes d'instruction.

En revanche, si ces actes ne sont pas des actes d'instruction, il faut dès lors admettre, outre l'élément objectif, un élément subjectif pour la détermination du critère de l'acte d'instruction.

Pour répondre à la question de savoir si l'acte d'instruction est toujours un acte du juge d'instruction, nous sommes amené à étudier successivement : la police judiciaire, les préfets et les magistrats autres que le juge d'instruction.

CHAPITRE PREMIER

Les actes de la police judiciaire.

262. — L'information est confiée, en principe, au juge d'instruction. Mais il s'agit là d'un organe judiciaire dont la mise en œuvre, nécessairement prudente, risque de contrecarrer l'action de la justice. L'urgence peut réclamer des dérogations à la procédure habituelle.

A toutes époques, l'infraction flagrante a été envisagée de manière particulière. Le Droit romain avait prévu une procédure spéciale au « *furtum manifestum* », et la peine se trouvait aggravée par cette circonstance. Tout au long de notre ancien droit, une telle manière de penser se retrouve. A une époque où le droit de rendre justice s'accompagnait d'avantages financiers, les sujets étaient soumis au juge de leur domicile. Le flagrant délit, toutefois, apportait une dérogation à cette règle en donnant compétence au juge du lieu de commission de l'infraction.

Les différentes ordonnances royales consacrèrent des dispositions exceptionnelles, dont celle de Villers-Cotterêts de 1539 qui permettait l'interrogatoire sur-le-champ tandis que le secret de l'instruction était généralisé.

Le Code d'instruction criminelle n'avait pas procédé différemment. Après avoir admis le principe de la séparation des autorités de poursuite et d'instruction, des pouvoirs exceptionnels d'instruction sont attribués au procureur de la République dans l'hypothèse du flagrant délit (art. 32 C.I.C.). Ces pouvoirs ont été également conférés aux officiers de police judiciaire, auxiliaires du procureur de la République (art. 49 C.I.C.).

Ces pouvoirs exceptionnels accordés au procureur de la République, dans l'hypothèse d'un crime flagrant, ont été étendus par une loi du 20 mai 1863 destinée à réprimer de manière plus rapide les délits flagrants.

Le Code de procédure pénale a repris ces différents textes en les harmonisant : le crime flagrant est assimilé au délit flagrant pour l'admission de cette procédure. Pour bien exprimer le caractère particulier des actes accomplis au cours du transport sur les lieux, les articles 68 et 72 C.P.P. les qualifient « d'actes de police judiciaire ». Nous aurons donc à rechercher la véritable nature de ces actes, principalement du point de vue de l'interruption de la prescription.

263. — Mais, autorisée à agir légalement dans le cadre du flagrant délit, la police judiciaire a essayé de faire éclater ce cadre juridique de la flagrance. Ainsi s'est développée une pratique connue sous le nom d'« enquête officieuse ». Les auxiliaires du procureur de la République ont effectué, dans tous les domaines, des enquêtes comportant des actes apparemment très proches de ceux effectués par le juge d'instruction. Souvent, au vu de ces documents, le ministère public décide de procéder à une citation directe au lieu de confier l'instruction à un juge.

La pratique de l'enquête officieuse conseillée par la Chancellerie à des fins économiques, connut un tel développement que le Code de procédure pénale ne pouvait pas l'ignorer. Ces enquêtes qualifiées de préliminaires reçoivent un début de réglementation, en fonction, d'ailleurs, de la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation. La nature de ces actes n'étant pas précisée, il nous appartiendra de la rechercher.

264. — Pour ce faire, nous envisagerons, dans une première section, l'évolution des attributions de la police judiciaire, puis dans une deuxième section, la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure au Code de procédure pénale ; nous pourrons alors étudier l'enquête préliminaire dans une troisième section. L'enquête de flagrant délit constituant une dérogation aux pouvoirs habituels de la police judiciaire en matière d'enquêtes, sera étudiée dans une quatrième section.

SECTION I

L'EVOLUTION DES ATTRIBUTIONS DE LA POLICE JUDICIAIRE

265. — Le Code d'instruction criminelle a posé très nettement le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction. L'article 22 C.I.C. précisait que « les procureurs de la République sont

chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle ou aux cours d'assises », tandis que l'article 61 C.I.C. attribuait au juge d'instruction la fonction d'instruction.

Toutefois, dans l'hypothèse du crime flagrant, tous deux possédaient les mêmes attributions (art. 59 et 32 C.I.C.). Mais le Code a pris soin de montrer que cette confusion devait demeurer passagère en prévoyant à l'article 45 que « le procureur devra transmettre sans délai les procès-verbaux, actes, pièces et instruments dressés ou saisis en conséquence des articles précédents ».

Cependant, procureur de la République et juge d'instruction, malgré leurs attributions différentes, agissent en la même qualité d'officiers de police judiciaire (art. 9 C.I.C.). Or, le Code d'instruction criminelle ne définit pas la police judiciaire ; seul, parmi les textes antérieurs, le Code du 3 brumaire An IV se contente d'opposer la police judiciaire à la police administrative (art. 19 et 20 du Code de brumaire) (1).

Le Code d'instruction criminelle énumère, seulement, les différentes personnes exerçant une activité de police judiciaire et définit ses attributions dans la formule laconique de l'article 8 C.I.C. : « La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. »

Les inconvénients de ce manque de précision se trouvent compensés par le fait que la procédure préparatoire est, à l'époque, entourée du secret le plus absolu. L'inculpé est seul, face au juge d'instruction et au procureur de la République. La loi du 8 décembre 1897, en introduisant une contradiction toute relative dans la procédure d'instruction judiciaire, a creusé un fossé entre cette procédure et les enquêtes menées par la police judiciaire. Les attributions de la police judiciaire sont alors apparues de manière toute particulière. C'est la raison pour laquelle nous étudierons la police judiciaire dans ses attributions telles qu'elles étaient définies dans le Code d'instruction criminelle, puis l'incidence des lois de 1863 et de 1897.

§ 1. — La fonction de la police judiciaire (de 1808 à 1897).

266. — L'article 8 du Code d'instruction criminelle, prévoyant le rôle de la police judiciaire, ne spécifiait pas les attributions respectives de chaque membre de ce corps. On pouvait, en effet, concevoir que les attributions de chacun aient été indiquées ultérieurement. Les articles 11 à 15 C.I.C. précisent les pouvoirs des maires, adjoints, commissaires de police et des commandants de brigade de gendar-

(1) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 232 et ss.

merie, puis les articles 16 à 21 C.I.C. mentionnent les pouvoirs des gardes-champêtres et forestiers.

Les pouvoirs de ces différentes personnes étaient limités à la constatation des infractions les moins graves, les contraventions. En revanche, les attributions du procureur de la République et du juge d'instruction étaient très générales et s'exerçaient à l'encontre de tous crimes et délits. Mais cette division fondée sur la gravité des infractions n'a pas été respectée en pratique.

La police judiciaire prit conscience qu'elle constituait un corps unique dont la mission était de procéder à des actes de recherche. La police judiciaire forme alors une phase particulière du procès pénal. Faustin Hélie notait déjà que trois phases concouraient à préparer la décision définitive statuant sur l'action (2).

Le rôle de la police judiciaire est de rechercher les premiers éléments de l'instruction. Et cette œuvre est une tâche essentielle, primordiale : comment la justice pourrait-elle être saisie, si la police judiciaire n'a pas reconnu l'existence du fait poursuivi ? C'est un auxiliaire de la justice : elle prépare l'instruction en recherchant et en signalant les crimes, en recevant les dénonciations, mais elle ne doit pas faire œuvre de justice. Elle est inféodée à la justice malgré tout, car elle agit en son nom et dans son intérêt (3).

267. — Pour avoir une action efficace et rapide, elle doit se trouver près des justiciables. Cela lui permet de prendre toutes mesures provisoires nécessaires (4). Mais son rôle doit s'arrêter à cette recherche, la coordination des éléments de l'enquête ne lui est pas permise.

Faustin Hélie notait, à propos des pouvoirs de la police judiciaire, que « le droit d'informer ne lui appartient plus : l'information, même préliminaire, et édictée à titre de simples renseignements, est en général abolie ; les officiers de police judiciaire ne peuvent ni faire comparaître l'inculpé et l'interroger, ni procéder à l'audition sommaire des témoins, ni se livrer à la visite des lieux. Ils sont principalement établis pour recevoir les dénonciations et les plaintes et pour transmettre sans délai ces actes aux officiers chargés de poursuivre » (5).

Le Code d'instruction criminelle tentait ainsi une rupture avec les errements consacrés par l'application de l'ordonnance de 1670. D'une part, l'instruction écrite n'avait plus la même incidence sur la suite du procès pénal : toute condamnation pénale résulte désormais d'une procédure orale et contradictoire. D'autre part, la police judiciaire n'est plus placée sous le contrôle du magistrat instructeur (le lieutenant criminel de l'ordonnance de 1670), mais sous l'autorité

(2) F. HÉLIE, 2^e éd., *op. cit.*, Tome III, n° 1117.

(3) F. HÉLIE, 2^e éd., *op. cit.*, Tome III, n° 1119.

(4) C'est cela qui a amené le développement de la police judiciaire : les simples gendarmes peuvent ainsi obtenir la qualité d'officier de police judiciaire.

(5) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome III, n° 1139.

de la partie poursuivante, le ministère public. La mission de la police judiciaire devait essentiellement se limiter à la recherche, et les actes dont peuvent dépendre l'honneur, la fortune et la liberté des citoyens doivent émaner de l'autorité judiciaire (6).

268. — Cette fonction de pure recherche allait se trouver altérée par le développement du principe de l'opportunité des poursuites et par l'attribution de pouvoirs plus grands pour la constatation de certaines infractions.

En réaction contre la législation révolutionnaire, le Code d'instruction criminelle n'obligeait pas le ministère public à poursuivre toutes les plaintes qui lui parvenaient. Ainsi se développa la pratique de l'opportunité des poursuites qui figure désormais à l'article 40 C.P.P. Avant de mettre en marche l'action judiciaire, le procureur de la République réunit des renseignements sur l'utilité d'une poursuite. S'il s'agit d'une entorse légère à la loi pénale et si le préjudice a été indemnisé, le dossier sera classé sans suite (7).

Ces renseignements seront obtenus par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire, auxiliaires du procureur. Ainsi naquirent les premières « enquêtes officieuses ». Par ailleurs, les officiers de police judiciaire ont spontanément cherché à réunir les premiers éléments de l'enquête. Ils ont accompli cette mission d'autant plus facilement que des lois spéciales leur attribuèrent des pouvoirs accrus.

Le Code d'instruction criminelle avait confié les pouvoirs de constatation à certains agents de diverses administrations. Il s'agissait d'infractions particulières pour lesquelles ce personnel se trouvait réellement plus qualifié. Ce germe a été développé par l'attribution de pouvoirs nouveaux pour des infractions ne nécessitant pas de connaissances spéciales. Ainsi les commissaires de police, les officiers de gendarmerie ou même les simples gendarmes ont pu constater des infractions de plus en plus nombreuses, notamment en matière de pêche fluviale (loi du 15-4-1829), de chasse (loi du 3-5-1844) ou de police de la circulation.

Or, constater, n'est-ce pas déjà instruire ? Dans la manière même de rapporter les traces d'une infraction, dans la présentation du procès-verbal, l'homme qui constate, apprécie et prend position sur le fait.

269. — Ce domaine nouveau, offert aux investigations de la police judiciaire, a été critiqué à juste titre par Faustin Hélie. Suivant en cela l'opinion des rédacteurs du C.I.C., notamment de Treilhard, il estime que les pouvoirs exceptionnels d'instruction doivent être ensermés dans l'hypothèse du flagrant délit, en raison de l'urgence. Si le législateur a estimé ne pas donner de pouvoir à des officiers subal-

(6) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome III, n° 1147.

(7) Voir VITU, « Le classement sans suite », *Rev. Sc. crim.*, 1947, p. 505.

ternes, il ne faut pas étendre les termes de la loi « à des cas où la sagesse du législateur n'a pas voulu qu'elle fût appliquée » (8).

Toutefois, Faustin Hélie reconnaît que la police judiciaire ne doit pas seulement prévenir le juge mais aussi l'éclairer sur la nécessité de son action, par l'exactitude de ses renseignements (9).

La pratique utilisa fréquemment ces enquêtes. Dès 1817, une instruction du procureur du roi de la Seine, M. Jacquinet-Pampelune, recommande de dresser des procès-verbaux même hors le cas de flagrant délit. De nombreux auteurs ont approuvé cette manière de penser (10), à l'époque même où s'établissait cet usage. Par la suite, Garraud s'est fait le défenseur de cette enquête, en la considérant comme une procédure extra-légale sur laquelle la loi n'a pas pris parti. « Le C.I.C. manque de préface. La phase policière du procès pénal se passe en dehors de lui. Le Code s'est contenté d'indiquer quels officiers en étaient chargés. Il n'a pas réglementé les actes de l'enquête officieuse » (11). Peut-être est-ce mener assez loin l'étude exégétique d'un texte pour admettre, en matière de procédure pénale, la licéité de ce qui n'est pas formellement interdit.

Acceptées dans la pratique, les enquêtes officieuses allaient être favorisées dans leur développement par l'intervention de deux lois au cours du XIX^e siècle.

§ 2. — L'incidence des lois du 20 mai 1863 et du 8 décembre 1897.

270. — L'enquête judiciaire menée par un juge tout-puissant allait être mise en brèche par l'intervention de deux mesures législatives.

La loi du 20 mai 1863, d'une part, en instaurant une procédure accélérée de jugement des délits flagrants, attribuait au procureur de la République certains pouvoirs coercitifs normalement de la compétence du juge d'instruction. La loi du 8 décembre 1897, d'autre part, en augmentant les garanties de l'inculpé au cours de l'instruction, allait provoquer l'encombrement des cabinets d'instruction.

La loi de 1863 a entendu accélérer la procédure de jugement des délits flagrants. Dans ce dessein, la phase d'instruction préparatoire se trouve pratiquement supprimée. La personne arrêtée dans ces conditions doit être conduite devant le procureur de la République qui procédera à son interrogatoire (art. 1^{er} de la loi). Ce même magistrat a la possibilité de garder l'inculpé à la disposition de la justice en le plaçant en état de détention provisoire au moyen d'un mandat de dépôt. Il est possible également de requérir tout témoin

(8) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome III, n° 1166.

(9) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome III, n° 1143.

(10) MASSABIAU, Manuel, Tome II, p. 232 ; DUVERGER, Manuel, p. 79 ; de MOLÈNES, « Des fonctions d'officier de police judiciaire », p. 70.

(11) GARRAUD, *op. cit.*, Tome I, n° 26, Tome II, n° 750 ; voir VITU, *op. cit.*, pp. 239 et 240.

de comparaître sous peine de sanctions pénales. Ces différentes mesures apparaissent comme des actes normalement de la compétence du juge d'instruction.

Pour mettre le tribunal en mesure de juger ce délinquant, le procureur de la République va s'efforcer de rassembler des renseignements complémentaires. Il réunira, notamment, des éléments relatifs au passé de cette personne, en réclamant un extrait du casier judiciaire et en faisant procéder à une enquête de moralité par la gendarmerie.

Il est bien évident que le procureur de la République ne pourra lui-même accomplir tous les actes nécessaires, aussi se fera-t-il aider par des officiers de police judiciaire, ses auxiliaires. C'est également par ce procédé des délégations que va se manifester l'incidence de la loi du 8 décembre 1897.

271. — En accordant des garanties supplémentaires aux personnes inculpées, cette loi a instauré un formalisme minutieux, très souvent exigé à peine de nullité de l'acte ou de la procédure.

Un premier procédé pour parer à une nullité éventuelle a conduit à ne pas confier à un juge, l'instruction des affaires de petite importance. Les recherches seront menées dans cette hypothèse par la police judiciaire et les cabinets d'instruction ne se trouveront pas encombrés. Si des difficultés apparaissent dans la conduite de l'enquête, la police judiciaire demande au procureur de la République l'ouverture de l'instruction, ainsi qu'une commission rogatoire permettant l'utilisation de pouvoirs réguliers. Les commissions rogatoires ont été développées par l'instauration de la loi de 1897 : le juge d'instruction procédant principalement aux interrogatoires.

M. Lambert, dans son traité destiné aux futurs commissaires de police, préconise l'utilisation fréquente des enquêtes officieuses, quitte à solliciter du procureur de la République l'ouverture d'une instruction, dès que les difficultés se présentent (12).

Les juges d'instruction ont souvent accepté cette manière de procéder, car ils étaient suffisamment occupés à respecter le formalisme imposé par la loi de 1897.

272. — La Cour de cassation, hostile au projet gouvernemental de 1879 relatif à l'instruction préparatoire, a entendu restreindre le champ d'application de la loi de 1897 à la seule enquête menée par le juge.

Le 12 mars 1898 (13), la chambre criminelle affirme qu'« en droit, la loi du 8 décembre 1897 a pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et délits et que par instruction préalable, on doit entendre l'information à laquelle pro-

(12) LAMBERT, « Traité de police judiciaire », p. 363 et ss.

(13) Crim., 12-3-1898 ; D.P. 1898.I.208, B. 110.

cède un juge d'instruction ». La Cour de cassation en déduisait que les actes accomplis légalement par le procureur de la République en vertu de la loi de 1863 (principalement l'interrogatoire) n'étaient pas soumis à l'application de la loi de 1897. Cette affirmation de principe vaut la peine d'être notée, car il était facile à la Cour de cassation de statuer pour l'espèce précise en faisant application de l'article 7 de la loi de 1897, excluant tout formalisme en cas de flagrant délit.

Un second arrêt, en date du 11 février 1899 (14), précisait la position de la Cour de cassation en décidant que les enquêtes administratives réglementées par certaines administrations (en l'espèce l'administration des postes) ne rentraient absolument pas dans le cadre prévu par la loi de 1897 « qui ne s'applique qu'aux véritables actes d'instruction faits par le juge d'instruction ». La chambre criminelle pouvait alors affirmer que l'enquête préliminaire n'était nullement intéressée par la loi de 1897 (arrêt du 11 août 1899) (15).

Cette prise de position de la Cour de cassation n'a dès lors, jamais été démentie et le principe de l'exclusion a été rappelé tantôt directement (16), tantôt indirectement (17).

La pratique judiciaire a été influencée par cette attitude de la juridiction suprême. Quand une affaire paraît simple et peu difficile, le procureur de la République charge ses auxiliaires de mener en fait une enquête complète.

Les membres de la police judiciaire, rendus plus hardis par ces missions, ont agi plus souvent de leur propre initiative, sans attendre de directives. Dès qu'ils reçoivent une plainte, ils procèdent aux premières recherches. Ils adressent, alors, l'ensemble des documents au procureur de la République, qui décide de la suite à apporter à l'affaire. Ce magistrat pourra solliciter des actes supplémentaires, mais le plus souvent, il sera à même de prendre sa décision. Si l'affaire est correctionnelle ou contraventionnelle, le procureur de la République cite directement le délinquant devant la juridiction de jugement. Cette personne ignorera tout des faits qui lui sont reprochés, car elle aura été entendue comme témoin par la police judiciaire et n'aura pas été tenue au courant des éléments de preuve réunis contre elle.

273. — L'enquête de police enlève toute garantie au justiciable. L'on serait alors tenté de répondre que les infractions dont il s'agit sont les moins graves. Cette constatation pouvait être vraie en 1808, elle ne l'est plus aujourd'hui. Outre que la police judiciaire ne limite

(14) *Crim.*, 11-2-1899, B. 12.

(15) *Crim.*, 11-8-1899, B. 255.

(16) En ce sens : *Crim.*, 12-8-1904, B. 393 ; *Crim.*, 27-11-1924, B. 394 ; *Crim.*, 10-12-1926, B. 305 ; *Crim.*, 30-5-1933, B. 125 ; *Crim.*, 18-1-1951, B. 22 et *Crim.*, 28-4-1953, B. 140.

(17) En ce sens : *Crim.*, 3-2-1900, B. 52 ; S. 1902.I.538 ; *Crim.*, 26-3-1909, B. 191 ; *Crim.*, 15-6-1922, B. 209.

pas ses investigations aux seules contraventions, le domaine correctionnel a été étendu par deux procédés : la correctionnalisation judiciaire et la correctionnalisation légale.

La correctionnalisation judiciaire (18) consiste dans la disqualification illégale d'une infraction. Au lieu de retenir la qualification la plus élevée, dans l'hypothèse d'un cumul intellectuel d'infractions, le procureur de la République poursuit du chef de l'infraction la moins grave. Parfois, c'est une circonstance aggravante qui est omise sciemment. De cette manière, l'infraction considérée demeure un délit.

Ces pratiques ont été fortement critiquées mais il est impossible de ne pas les admettre, car, dans certaines hypothèses, elles permettent de tenir compte déjà de la personnalité du délinquant (19). Certains délinquants ne subiront pas, de ce fait, le choc de la comparution en cour d'assises. Par ailleurs, le passé révèle que la correctionnalisation judiciaire est souvent l'annonce d'une correctionnalisation légale. Récemment, nous avons pu constater ce fait à propos de la répression du faux (20).

La correctionnalisation légale permet l'adaptation de la répression à la criminalité. Normalement, la sanction est diminuée, puisque la peine est correctionnelle au lieu d'être criminelle. Parfois, la sollicitude de la loi n'est qu'apparente : le nouveau délit n'a pas pour sanction le maximum de la peine correctionnelle, mais le double du maximum. En réalité, ce faisant, le législateur confie à des magistrats professionnels — réputés plus sévères — la connaissance de certaines infractions. Dans cette hypothèse, on aboutit à une modification des règles de compétence beaucoup plus qu'à un aménagement de la répression (21). Cette constatation se trouve fondée si l'on considère que la peine privative de liberté est, en fait, unifiée (le Code de procédure pénale, d'une part, en assimilant au même régime toutes les personnes condamnées à une longue peine, et les modifications du Code pénal dues à l'ordonnance du 4 juin 1960 révèlent cette unification de fait des peines privatives de liberté).

(18) Cf. LAURENT, « La correctionnalisation », J.C.P. 1950.I.852 et 877. Pour l'étude de cette question, voir principalement les travaux des journées franco-belgo-luxembourgeoises de Science pénale de 1956 (Rev. de Droit pénal et criminologie, novembre 1955, p. 410) ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 378.

(19) Du point de vue d'une bonne administration de la justice, cette pratique réserve la mise en œuvre du mécanisme de la cour d'assises aux seuls cas utiles.

(20) Jusqu'à l'ord. du 23-12-1958, les faux en écriture de commerce étaient assimilés aux faux d'actes authentiques. Il s'agissait de crimes, aussi éliminait-on un élément pour correctionnaliser. Les articles 150 et 151 nouveaux du Code pénal établissent le caractère correctionnel de l'infraction. Les personnes qui avaient été condamnées, en application de la correctionnalisation judiciaire intentèrent des pourvois en cassation, que la chambre criminelle rejeta en appliquant la théorie de la peine justifiée (art. 595, C.P.P.). Voir les arrêts nombreux rendus sur cette question en 1960 et 1961.

(21) Voir les critiques de M. PATIN à l'encontre d'un tel procédé, qui détruit la hiérarchie des valeurs morales ; Rev. Sc. crim., 1946, p. 39.

274. — La loi du 8 décembre 1897 a été vidée, en partie, de son objet, à la suite de l'attitude de la jurisprudence en la matière. Il est même arrivé que cette application a été écartée par la loi elle-même, en vue d'assurer une répression rapide et plus efficace.

Le décret du 12 février 1960 avait institué une procédure particulière relativement aux infractions commises sur le territoire de l'Algérie, en vue d'apporter une aide directe ou indirecte aux rebelles (art. 7 du décret modifié le 24-8-1960). Toute l'enquête préalable à la saisine de la juridiction de jugement est menée sous l'autorité du procureur militaire. L'article 28 du décret l'autorise à effectuer ou à faire effectuer « tous actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des crimes et délits. » En fait, toute l'instruction se trouve réduite à l'enquête de police, à une enquête préliminaire dont les attributions sont plus larges qu'en droit commun (art. 27 à 45 du décret (22)).

De plus, une ordonnance du 3 juin 1960 (n° 60-520) a exclu l'intervention du juge d'instruction dans l'hypothèse d'un crime flagrant, commis en vue d'apporter une aide directe ou indirecte aux rebelles des départements algériens (art. 1^{er} de l'ordonnance). Toute l'enquête est menée selon la procédure de flagrance réglementée aux articles 53 et ss. du C.P.P.

275. — Ainsi, les enquêtes officieuses autrefois, les enquêtes préliminaires aujourd'hui, sont d'une utilisation très fréquente. M. Lévy (23) montrait que neuf affaires étaient menées selon ce procédé, tandis qu'une seule était confiée au juge d'instruction. Aujourd'hui encore, le nombre des affaires soumises à l'instruction équivaut au tiers de celles directement portées devant la juridiction de jugement (24). Cependant, ces enquêtes ont été décriées, car elles risquent de porter atteinte aux garanties des citoyens « inculpables » (25). Mais elles sont justifiées par les nombreux services qu'elles rendent. Peu coûteuses, sans formalisme, elles ont été recommandées par la Chancellerie. Avant d'émettre un jugement sur la nature des actes accomplis, nous voudrions examiner pour quels motifs la jurisprudence a toléré ces enquêtes.

(22) Voir à cet égard, Crim., 8-2-1962, Bull. Crim., 1962, n° 86, qui montre le particularisme de la procédure.

(23) LÉVY, « Les enquêtes officieuses », Thèse, Nancy, 1934.

(24) Au Parquet de la Seine, en 1961, 56.478 plaintes ont été déposées et 144.024 procès-verbaux ont été établis. Sur ce nombre, 23.710 affaires ont été citées directement, 9851 instructions ont été ouvertes, dont 2.500 ont été clôturées par un non-lieu. Enfin, 32.564 jugements ont été rendus.

(25) Notamment MORIZOT-THIBAUT a critiqué ces enquêtes.

SECTION II

LES ENQUETES OFFICIEUSES ET LA JURISPRUDENCE

276. — Les premières affaires soumises à la jurisprudence témoignent de l'hostilité de la Cour de cassation à une procédure non prévue par les textes.

C'est ainsi que le 27 août 1840 (26), la chambre criminelle affirme, de manière non équivoque, le principe de la distinction des divers pouvoirs. En l'espèce, un procureur général avait chargé, après un arrêt de mise en accusation, un juge de paix d'effectuer certaines constatations de pur fait. S'agissant de pouvoirs appartenant au président de la cour d'assises (art. 303 C.I.C., art. 283 C.P.P.), la chambre criminelle cassa l'arrêt de la cour d'assises et annula l'acte accompli sur délégation par le juge de paix, ainsi que les réquisitions du procureur général.

Mais, le 8 octobre de la même année (27), la Cour de cassation se montre moins rigoureuse. Des renseignements obtenus par le procureur de la République ne sont pas admis comme « actes d'instruction », mais ils ne sont pas annulés ; ils demeurent comme actes extra-judiciaires. La brèche est déjà établie : au lieu d'annuler des actes manifestement irréguliers, la chambre criminelle les laisse figurer au dossier, tout en leur déniaient toute valeur d'acte judiciaire.

A part un arrêt du 2 septembre 1847 (28), toute une longue série de décisions va admettre une valeur à ces actes. Tant que l'instruction est menée dans le secret le plus absolu, et que l'inculpé n'est pas tenu informé des éléments réunis contre lui, l'inconvénient peut paraître mineur. L'introduction d'une certaine contradiction au sein de l'instruction préparatoire aurait dû faire modifier cette attitude. La jurisprudence, après avoir poursuivi son opinion, a toutefois essayé d'adopter une nouvelle position.

Dès lors, nous sommes amené à étudier les deux phases de la jurisprudence : avant la loi de 1897 et après la loi de 1897.

§ 1. — La jurisprudence antérieure à 1897.

277. — Tandis que la procédure préparatoire était secrète, le C.I.C. instituait une procédure de jugement orale. La contradiction

(26) Crim., 27-8-1840, B. 239 ; S. 1840.I.974.

(27) Crim., 8-10-1840, B. 300.

(28) Crim., 2-9-1847, B. 305, qui rappelle l'impossibilité pour les officiers du ministère public d'accomplir des actes d'instruction hors le cas de flagrant délit.

peut alors s'exercer librement: le prévenu ou l'accusé peut faire valoir tous les arguments propres à détruire les allégations de l'adversaire. Le combat se dispute à armes égales (29).

La Cour de cassation a souvent admis l'enquête officieuse parce que les éléments recueillis avaient été soumis au libre débat devant la juridiction de jugement. Mais, parfois, la Cour de cassation, tout en refusant aux actes du procureur de la République le caractère d'actes d'instruction, les accepte en qualité de renseignements (30).

A. — LES ARRÊTS MOTIVÉS PAR L'ORALITÉ DES DÉBATS.

278. — Dans cette première catégorie, il est possible de signaler tout d'abord un arrêt du 9 novembre 1843 (31). En l'espèce, un procureur de la République avait fait procéder à une enquête par des gendarmes pour savoir quels témoins il serait utile de citer. La Cour de cassation a considéré qu'il n'était pas interdit au ministère public de faire prendre à cet égard des renseignements par des officiers de police judiciaire, ses auxiliaires légaux. Au surplus, ces actes ayant été accomplis avant les débats, l'accusé et la défense ont pu s'exprimer librement.

Cette même argumentation se trouve dans un arrêt du 9 mars 1855, rendu au rapport du conseiller Faustin Hélie (32). Les renseignements recueillis avaient eu lieu avant l'ouverture du débat et joints au dossier. L'accusé avait pu en recevoir copie et son conseil communication, par application de l'article 305 C.I.C. (33).

C'est probablement une motivation identique qui a permis de valider les actes accomplis par le ministère public dans l'intervalle de temps où le dossier était transmis du juge d'instruction à la chambre d'accusation, puisqu'ils sont intervenus avant le jugement (34). En revanche, si la communication de la pièce n'a pas été faite, la défense n'a pu riposter aux arguments du ministère public et la décision doit être annulée.

Ainsi en était-il dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 22 décembre 1881 (35), où un procès-verbal d'expertise ordonnée par le ministère public, a été communiqué au jury sans avoir été joint au dossier et sans que l'inculpé en ait obtenu copie. Il y avait

(29) Ce principe a toujours été admis pour la procédure suivie devant la cour d'assises. En ce qui concerne le tribunal de police et le tribunal correctionnel, la solution résulte d'un arrêt du 1^{er} août 1862 (B. 193), qui annule une décision fondée sur un procès-verbal produit après la mise de l'affaire en délibéré, et qui n'avait été ni débattu ni communiqué au prévenu.

(30) A noter que les renseignements relatifs à d'autres faits que ceux de l'accusation ne peuvent être admis comme des déclarations de témoins. Ce ne sont pas des actes d'instruction (Crim., 5-3-1852 ; D.P. 1852.5.166).

(31) Crim., 9-11-1843, B. 278.

(32) Crim., 9. 3-1855, B. 88 ; S. 1855.I.545.

(33) Voir aussi Crim., 18-8-1877, B. 198 ; S. 1880.I.234.

(34) Crim., 19. 4-1855, B. 130 ; D.P. 1855.I-269.

(35) Crim., 22-12-1881 ; D.P. 1882.I.192.

eu dans cette espèce violation des droits de la défense. Tel serait aussi le cas si une cour d'appel fondait sa conviction sur des éléments obtenus par le procureur de la République entre les deux instances (36), ou bien si un témoin était entendu oralement avant que sa déposition écrite recueillie après l'arrêt de renvoi par le procureur de la République ait été communiquée à l'accusé (37).

Cette solution avait déjà été adoptée dans un arrêt du 13 janvier 1876 (38) où un témoin avait été entendu oralement. Mais, dans cette hypothèse, c'était un argument supplémentaire ajouté au motif que les juges n'avaient pas tenu compte du procès-verbal écrit dressé par le ministère public au cours de l'information préalable.

279. — Chaque fois qu'il sera possible d'établir que les renseignements n'ont pas été utilisés par la juridiction de jugement pour fonder sa conviction, la Cour de cassation écarte le grief de l'exécution par le ministère public d'un acte réservé au juge d'instruction. Il s'agit, en quelque sorte, de l'application d'un corollaire du principe de l'oralité des débats et du principe selon lequel une condamnation ne peut être fondée que sur des éléments soumis aux feux croisés des parties.

Admis dans un arrêt du 29 juin 1865, puis dans un autre du 13 janvier 1876 (39), ce corollaire du principe apparaît plus nettement dans un arrêt du 12 mai 1876 (40) où il est constaté qu'un procès-verbal dressé dans l'intervalle du jugement à la sentence des juges d'appel n'avait pu vicier la procédure puisque la preuve n'était pas rapportée que les juges d'appel en aient eu connaissance. Cette motivation se trouve également dans d'autres arrêts (41) et notamment dans celui du 18 août 1877 (42) qui y ajoute le fait que les procès-verbaux dressés durant l'instance d'appel ne pouvaient valoir que comme simples renseignements.

B. — LES ARRÊTS ADMETTANT LES PROCÈS-VERBAUX A TITRE DE SIMPLES RENSEIGNEMENTS.

280. — Le premier arrêt qui donne cette solution date du 9 mars 1855, et a été rendu au rapport de Faustin Hélie (43). Le procureur général avait, en l'espèce, procédé à l'audition de deux témoins qui n'avaient pas été entendus au cours de l'instruction. La Cour de cassation valida ces actes, car n'étant pas des actes d'instruction mais de simples renseignements, le procureur n'était pas sorti des limites de

(36) *Crim.*, 9-12-1893, B. 345.

(37) *Crim.*, 16-7-1892, B. 211 ; D.P. 1893.I.431.

(38) *Crim.*, 13-1-1876, B. 15.

(39) *Crim.*, 29-6-1865, B. 139 et *Crim.*, 13-1-1876, B. 15.

(40) *Crim.*, 12-5-1876, B. 118.

(41) *Crim.*, 28-4-1876, B. 112 ; *Crim.*, 10-8-1877, B. 191.

(42) *Crim.*, 18-8-1877, B. 198.

(43) *Crim.*, 9-3-1855, B. 88.

ses attributions. Souvent, d'ailleurs, le procureur ne procède à ces actes qu'en raison de l'urgence.

Tel était le cas dans l'arrêt du 19 avril 1855 (44), où le ministère public avait fait effectuer une autopsie. La Cour de cassation approuve la chambre d'accusation d'avoir annulé ces actes en tant qu'actes d'instruction et de les avoir conservés comme renseignements.

« Le ministère public tient du mandat que la loi lui confie, de rechercher et poursuivre les crimes et délits, le droit, lorsqu'il y a urgence et impossibilité de recourir au magistrat compétent pour instruire, de recueillir les renseignements utiles à la manifestation de la vérité et de transmettre à la juridiction saisie les procès-verbaux par lui dressés à cet effet » (45). Le procureur de la République pourrait même recueillir des éléments et les communiquer directement au juge d'instruction saisi de l'affaire (46).

D'autres arrêts se réfèrent aussi à cette notion de l'urgence pour autoriser le ministère public à recueillir des renseignements (47). Parfois la Cour de cassation admet le procureur de la République à effectuer certains actes qui ne peuvent être considérés comme des actes d'instruction. Ainsi le ministère public peut procéder à l'interrogatoire sommaire en cas de mandat d'amener (art. 93 C.I.C.) (48). De même, une vérification opérée à la demande d'un commissaire de police ne constitue pas une expertise mais de simples renseignements (49).

Si le ministère public reçoit uniquement des renseignements lorsqu'une instruction est déjà ouverte, il en est différemment quand les faits ne sont pas compris dans la poursuite en cours (50).

Au cours de cette première phase de la jurisprudence, la Cour de cassation a très souvent validé les enquêtes officieuses pour les différentes raisons que nous avons précisées (urgence, non-incidence sur la condamnation, simples renseignements). Pratiquement, il n'a jamais été question de leur reconnaître la qualité d'actes d'instruction.

281. — Parmi les nombreux arrêts de la Cour de cassation, il n'en est qu'un seul qui statue différemment (51).

En l'espèce, il s'agissait de savoir si un procès-verbal de gendarmerie pouvait interrompre la prescription de l'action publique. Les articles 637 et 638 C.I.C. (devenus les art. 7 à 9 C.P.P.) prévoient

(44) Crim., 19-4-1855, B. 130 ; D.P. 1855.I.269.

(45) Crim., 29-6-1855 ; D.P. 1855.I.319.

(46) Ainsi en était-il dans l'affaire soumise à Crim., le 8-7-1865 (B. 141).

(47) Ainsi, Crim., 5-3-1857 ; D.P. 1857.I.178 ; Crim., 13-1-1870 ; D.P. 1870.I.89 ; S. 1870.I.141 ; Crim., 6-9-1883, B. 233.

(48) Crim., 8-6-1872, B. 138. La Cour avait au surplus considéré que le magistrat compétent avait procédé à l'interrogatoire dans les 24 heures.

(49) Crim., 4-5-1889, B. 166.

(50) Crim., 12-9-1895, B. 241.

(51) Crim., 25-7-1890, B. 160 ; D.P. 1890.I.449.

que cet effet est attaché à tout acte d'instruction ou de poursuite. Faut-il admettre un procès-verbal de gendarmerie dans cette catégorie ?

Le conseiller rapporteur Vetelay estimait que l'interruption devait être admise. A l'appui de sa thèse, il invoquait deux arrêts de la chambre criminelle, et surtout les lois et règlements relatifs à la gendarmerie. Parmi les deux arrêts cités, celui du 29 mars 1856 (52) présente un intérêt certain. On peut, en effet, y lire qu'« on doit entendre par poursuites, tous les actes qui sont faits en justice par les personnes que la loi autorise, et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur ». Cet arrêt avait admis l'effet interruptif aux procès-verbaux dressés par les maires ou garde-champêtres en matière de délits ruraux. Les officiers de police judiciaire peuvent donc accomplir des actes qui ont une incidence sur le cours de l'action publique.

En 1890, la Cour de cassation adopte cette même solution, sans se référer aux éléments spécifiques de la question posée. Il y est affirmé qu'« aux termes de l'article 1^{er} du 1^{er} mars 1854 (53), édicté en exécution de la loi du 28 germinal An VI, la gendarmerie est chargée d'assurer l'observation des lois ; que, d'après l'article 125 et l'article 488 dudit décret, elle a la mission de découvrir et rechercher les crimes et les délits et de dresser des procès verbaux pour en constater l'existence ; que lesdits procès-verbaux émanés d'agents compétents doivent être considérés comme des actes d'instruction et de poursuite et sont en conséquence interruptifs de la prescription ». Cette solution a peut-être été acquise après une délibération un peu serrée puisque l'arrêt a été rendu en la chambre du conseil. S'il n'est pas le seul arrêt à reconnaître une certaine valeur aux actes de la police judiciaire, c'est cependant, le seul qui les assimile aux actes d'instruction.

Les diverses solutions dégagées par la jurisprudence au cours de cette période vont persister, malgré les importants changements apportés par la loi du 8 décembre 1897 à l'instruction préparatoire.

§ 2. — La jurisprudence postérieure à 1897.

282. — Avec la loi du 8 décembre 1897, l'inculpé voit sa défense mieux assurée au cours de l'instruction. Le secret n'est plus aussi absolu, et l'inculpé peut être assisté d'un défenseur. Normalement, l'application de ce texte aurait dû être des plus larges. Or, nous avons pu constater l'hostilité de la Cour de cassation qui en a limité l'application aux seules instructions menées par le juge d'instruction (54).

(52) *Crim.*, 29-3-1856 ; D.P. 1856.I.269.

(53) Ce décret est devenu celui du 20-5-1903, modifié par le décret du 20-8-1958.

(54) Cf. *supra* n° 270 et ss.

Les enquêtes officieuses auraient dû être moins fréquentes, dès lors, pour priver le moins possible les futurs inculpés des garanties que leur offre la loi. Tout au contraire, cet accroissement du formalisme allait faire prospérer les enquêtes officieuses menées sans forme.

Nous allons trouver un courant traditionnaliste dans la jurisprudence de cette période. Mais l'augmentation du nombre de ces enquêtes ne devait pas manquer d'entraîner des abus. La Cour de cassation n'a pu fermer les yeux, et parallèlement à ce premier courant des solutions libérales vont être consacrées, préparant ainsi la voie au Code de procédure pénale, qui tend à instaurer une première esquisse d'une déontologie policière.

A. — LE COURANT TRADITIONNALISTE.

283. — Les solutions admises par la Cour de cassation en matière d'actes de police judiciaire vont subsister au cours de cette phase. On pourrait, cependant, penser que ce courant irait en se tarissant tandis que l'autre influence apparaîtrait de plus en plus clairement. En réalité, à la veille de la promulgation du Code de procédure pénale, ces deux courants coexistent. Pour présenter les différents arrêts rendus dans le sens traditionnel, nous les regrouperons selon les mêmes catégories.

1. — *Les arrêts fondés sur la communication et le libre débat à l'audience des documents présentés par le ministère public.*

284. — Par un arrêt du 5 septembre 1901 (55), la Cour de cassation admet l'enquête effectuée par le procureur de la République tendant à rechercher s'il n'y aurait pas lieu de procéder à l'examen mental de l'accusé. Avant d'être soumise au jury, cette enquête avait été présentée au défenseur. Ce dernier avait donc toute latitude pour faire ouvrir un débat contradictoire devant la juridiction de jugement, aussi la Cour de cassation rejeta-t-elle la demande de l'accusé.

Quelques années plus tard (56), la Cour de cassation rappelle que les actes accomplis par le procureur ne seront annulés que s'ils portent atteinte aux droits de la défense. Le débat contradictoire purge, en quelque sorte, les légers vices de la procédure car, tout de même, l'apport de documents intéressant l'accusé ou la mesure de sa condamnation est une opération sérieuse. La Cour de cassation a même admis que la juridiction de jugement puisse demander au procureur de la République certains renseignements (57), alors que normalement, il aurait fallu utiliser la procédure du supplément d'information. La

(55) Crim., 5-9-1901, B. 242 (voir aussi Crim., 6-8-1898, B. 290).

(56) Crim., 4-7-1903, B. 245 et Crim., 13-8-1903, B. 302.

(57) Voir ainsi Crim., 24-3-1906 (B. 150) pour des renseignements demandés par une cour d'appel et Crim., 20-5-1915 (B. 107), pour une enquête effectuée à la demande d'un tribunal correctionnel.

juridiction de jugement ne s'en remettant pas de manière inconditionnelle aux bons soins du ministère public conserve sa liberté d'appréciation. La Cour de cassation accepte cette procédure puisque la liberté de la défense est assurée par le moyen de la communication des documents obtenus.

285. — Une question de preuve se pose alors : de quelle manière la Cour de cassation sera-t-elle renseignée sur la communication des actes nouveaux de la procédure. Un arrêt du 14 mars 1914 (58) admet qu'il y a présomption de communication des pièces lorsque, après une jonction de procédures, le procès-verbal des débats ne mentionne ni réserves, ni protestations de la défense.

Cette présomption de communication se trouve encore renforcée quand l'examen de la procédure montre que les documents sont cotés et inventoriés. La situation du demandeur est ainsi bien délicate (59). Il y aura aussi présomption de communication dans l'hypothèse où ces documents figureront à l'inventaire dressé avant l'ouverture des débats de la Cour d'assises (60).

Le motif de la libre discussion a été admis même en dehors de son terrain propre, la procédure de jugement. Un arrêt du 6 mars 1924 (61), rendu en matière militaire, admet la régularité des renseignements recueillis au cours de l'information par le commissaire du gouvernement (l'équivalent du ministère public), en précisant que ces documents avaient été versés au dossier et connus de la défense qui avait pu les discuter. Ce même motif est invoqué pour rejeter la demande d'un accusé qui se prévalait de l'établissement d'un acte d'accusation (62) au moyen de renseignements officieux (63). Un arrêt du 5 juillet 1928 (64) présente encore la libre discussion comme motif de la validation des renseignements obtenus. Puis, pendant trente années, cette motivation n'est plus invoquée et il pourrait sembler que ce courant traditionnaliste se trouve totalement mis en échec.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation rendu le 10 novembre 1959 (65) rappelle à nouveau cette solution, à savoir que les parties conservent toute latitude pour discuter les déclarations ou constatations consignées dans les procès-verbaux de gendarmerie, dressés au cours d'une enquête officieuse.

(58) Crim., 14- 3-1914, B. 156.

(59) Crim., 15-11-1917, B. 235 ; S. 1921.I.45 ; D.P. 1922.I.156.

(60) Crim., 23-12-1926, B. 318. Un arrêt du 7-3-1962 (Bull. n° 121) adopte une solution contraire.

(61) Crim., 6-3-1924, B. 112.

(62) Ce document était lu au début de la procédure devant la cour d'assises. L'ordonnance du 23-12-1958 l'a supprimé, car il faisait double emploi avec l'arrêt de renvoi.

(63) Crim., 10- 7-1924, B. 279.

(64) Crim., 5- 7-1928 ; S. 1930.I.115.

(65) Crim., 10-11-1959, B. 475.

En d'autres termes, il est rappelé qu'une condamnation doit être fondée exclusivement sur les éléments soumis à la contradiction et à la libre discussion. Dès lors, il importe peu que des documents n'aient pas été débattus si la juridiction de jugement n'en a pas fait usage pour appuyer sa conviction.

Tel était le cas, dans l'arrêt du 6 août 1898 (66) où un dossier confidentiel concernant la moralité de l'accusé et réuni par le ministère public n'avait pas été joint à la procédure ni communiqué au jury.

Si les documents ont été nécessaires à la juridiction de jugement, ils doivent être énumérés au dossier. A cet égard, la chambre criminelle a établi une présomption de non-communication des documents lorsqu'il apparaît que les pièces ne sont ni cotées ni paraphées (67), ou bien qu'elles ne sont pas jointes à la procédure (68).

En revanche, la prise en considération d'éléments non soumis aux débats entraîne toujours l'annulation de l'arrêt pour violation des droits de la défense. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mars 1907 (69), où une enquête avait été accomplie entre le jugement de première instance et la procédure d'appel, enquête dont il avait été fait état dans l'arrêt. Deux autres arrêts de la chambre criminelle (70) témoignent du contrôle exercé sur la libre contradiction au cours de la procédure de jugement.

Ainsi, cette première motivation, dégagée au cours de la première phase de la jurisprudence, continue-t-elle d'être invoquée au cours de la seconde phase ; il en est de même pour l'admission des enquêtes officieuses à titre de simples renseignements.

2. — *Arrêts reconnaissant aux actes de la police judiciaire le caractère de simples renseignements.*

286. — Dès un arrêt du 5 septembre 1901 (71), le principe est à nouveau posé que les recherches effectuées par le procureur de la République, en dehors de ses attributions légales, valent comme simples renseignements. Ce n'est qu'à ce titre qu'elles peuvent être invoquées devant une juridiction de jugement.

Il semble, toutefois, qu'il faille distinguer selon le moment où est effectuée l'enquête : avant la saisine de la justice ou une fois l'action de celle-ci déclenchée.

Antérieurement à la saisine d'une juridiction, nous trouvons des arrêts rendus en matière d'enquête préliminaire, expressément prévue

(66) Crim., 6-8-1898, B. 290. Voir aussi pour une solution analogue : Crim., 12-8-1898, B. 298 et Crim., 25-4-1907, B. 190.

(67) Ainsi Crim., 21-6-1918, B. 136.

(68) En ce sens : Crim., 15-6-1922, B. 208.

(69) Crim., 9-3-1907, B. 127.

(70) Crim., 27-12-1924, B. 431 et Crim., 29-6-1928, B. 192.

(71) Crim., 5-9-1901, B. 243 (voir aussi Crim., 4-7-1903, B. 245).

dans les Codes de justice militaire. Précisons tout d'abord qu'en matière militaire, comme en matière civile, la loi du 8 décembre 1897, applicable en vertu de la loi du 15 juin 1899, a été strictement limitée au seul domaine de l'instruction menée par le juge (72).

Le premier arrêt rendu en matière d'enquête préliminaire date du 26 mai 1910 (73) et a été rendu sur le rapport du conseiller Laurent-Atthalin. Il s'agissait de savoir quel serait le sort des actes accomplis par un officier de police judiciaire, à la suite de l'audition de personnes qui auraient pu fournir des renseignements. Fallait-il reconnaître à ces actes le caractère d'actes d'instruction, étant donné notamment que l'officier de police judiciaire s'était fait assister d'un greffier ? (74).

Une réponse affirmative aurait pour résultat d'annuler les actes parce que l'officier de police était incompétent pour instruire. Dès lors, ne fallait-il pas seulement considérer que ces actes apportaient des éléments utiles au procès pénal ?

Devant cette alternative, la Cour de cassation refusa d'admettre ces actes comme actes d'instruction, mais comme il lui répugnait d'annuler ces éléments qui, de toute évidence, avaient été utiles à la poursuite, elle décide qu'il s'agit de renseignements. La prestation de serment des témoins et l'assistance d'un greffier n'avaient pu qu'apporter un supplément de garanties (75).

Quelques années après, la Cour de cassation avait à statuer sur une enquête préliminaire de droit commun (76). Elle déclare alors que les investigations effectuées par un officier de police mobile et un commissaire de police, avant l'ouverture d'une information judiciaire, ne sont soumises à aucune formalité. Il est même laissé entendre que tous les agents dont disposait le ministère public pouvaient les effectuer.

Indirectement, ces actes sont admis à titre de renseignements, puis que la Cour de cassation n'annule pas le réquisitoire introductif auquel sont joints de tels rapports. C'est ainsi qu'un arrêt du 31 juillet 1929 (77) affirme sans ambiguïté que « de tels actes conservent le caractère de renseignements et ne peuvent à ce titre réagir ni sur la validité de l'ordre d'informer (78) qui les suit, et qui a été légalement donné par le préfet maritime, ni sur la validité de la procé-

(72) En ce sens : *Crim.*, 12-3-1898, B. 110 ; *Crim.*, 11-8-1899, B. 255 ; *Crim.*, 12-8-1904, B. 393 ; *Crim.*, 12-11-1908, B. 431, *Crim.*, 28-10-1909, B. 483.

(73) *Crim.*, 26-5-1910, B. 267.

(74) Nous verrons, en effet, que la présence du greffier est requise pour tous les actes d'instruction. C'est un élément de garantie objective.

(75) Les actes de l'enquête préliminaire apparaissent dès lors, très proches des actes d'instruction. Ainsi, *Crim.*, 17-8-1878 ; S. 1879.I.41.

(76) *Crim.*, 23-3-1916, B. 67. De même 15-6-1922, B. 209.

(77) *Crim.*, 31-7-1929, B. 219.

(78) L'ordre d'informer correspond au réquisitoire introductif d'instance du droit commun.

ture qui a suivi ». Affirmée à plusieurs reprises, cette opinion est encore consacrée dans un arrêt du 10 novembre 1959 (79), où la Cour de cassation attribue la valeur de renseignements aux procès-verbaux établis par la gendarmerie antérieurement à l'ouverture de l'information.

Ainsi, en matière d'enquête préalable à la saisine de la justice, la Cour de cassation considère que ces actes peuvent avoir une influence sur le déroulement de la procédure. C'est une attitude identique qu'elle adopte lorsque les enquêtes sont effectuées après la saisine des organes de justice.

287. — Après le prononcé de l'arrêt de renvoi, seul le président de la cour d'assises peut compléter le dossier de l'instruction. Cependant, il a été admis qu'un procureur de la République puisse enquêter pour savoir si un examen mental de l'accusé ne serait pas nécessaire (80). De même, le ministère public a la possibilité de joindre à la procédure des documents à titre de renseignements (81).

Entre le jugement de première instance et l'arrêt d'appel, le ministère public a pu utilement se procurer de nouveaux renseignements. La Cour de cassation a même toléré que des juridictions de jugement puissent charger le ministère public de procéder à une enquête au lieu d'utiliser la procédure du supplément d'information (82).

En revanche, un supplément d'information accompli par un magistrat du siège n'a été considéré que comme renseignement parce que la saisine du magistrat était irrégulière (83). Aussi ces actes furent-ils placés dans la catégorie des actes de police judiciaire (84).

En même temps que les solutions traditionnelles continuaient de subsister, ainsi qu'en témoigne l'arrêt précité du 10 novembre 1959, de nouvelles motivations sont admises par la jurisprudence.

B. — LE COURANT NOVATEUR.

288. — Ce courant novateur, issu de l'interprétation des nouvelles règles de l'instruction judiciaire, présente deux aspects différents.

Tantôt la jurisprudence reconnaît un effet plus important que le simple renseignement aux actes de la police judiciaire, tantôt elle limite l'action de la police pour éviter des agissements trop illégaux.

(79) Crim., 12-8-1921, B. 347 ; Crim., 4-7-1930, B. 196 ; Crim., 10-11-1959, B. 475.

(80) Crim., 5-9-1901, B. 243.

(81) Crim., 13-8-1903, B. 302 ; Crim., 21-6-1918, B. 136 ; Crim., 22-12-1926, B. 318.

(82) Pour des renseignements nouveaux, voir Crim., 15-11-1917, B. 235 ; S. 1921.I.45 ; D.P. 1922.I.156. Pour le supplément d'information : Crim., 5-7-1928 ; S. 1930.I.115.

(83) Crim., 14-3-1914, B. 156.

(84) La catégorie des actes de police judiciaire apparaît déjà constituée d'actes auxquels certaines garanties manquent pour être admis comme actes d'instruction.

1. — *La jurisprudence admettant un effet plus important que le simple renseignement.*

Cette jurisprudence peut être présentée sous deux rubriques différentes : d'une part, dans le but louable de réprimer les infractions commises, la Cour de cassation reconnaît un effet interruptif de la prescription aux actes dressés par la police judiciaire ; d'autre part, la Cour de cassation a admis la validité des actes en se fondant sur la libre participation des citoyens aux opérations de la police.

a) *L'effet interruptif de la prescription.*

289. — L'effet interruptif de la prescription aux actes accomplis par les différents membres de la police judiciaire n'a pas été reconnu directement. La jurisprudence s'est construite en tâtonnant.

Au cours de la première période, nous avons noté qu'un seul arrêt avait été rendu à ce propos (85). Par la suite, la chambre criminelle s'est montrée hésitante. Ainsi, le 28 janvier 1911 (86), la Cour de cassation n'admet pas l'interruption de la prescription par des actes effectués par un juge de paix à la demande du procureur de la République. Ce refus n'était pas motivé par l'incompétence du magistrat, mais par le caractère des opérations effectuées.

Deux mois après (87), en revanche, il est admis qu'en matière de droit commun un procès-verbal dressé par la gendarmerie à la suite de la déposition des témoins interrompt la prescription. La généralité des motifs invoqués cette fois permettait de penser que la solution était acquise définitivement. Deux arrêts ultérieurs manifestent un retour à l'hostilité de l'assimilation. Le 3 février 1923 (88), l'effet interruptif est refusé à un procès-verbal de gendarmerie établi sur les réquisitions du procureur de la République et le 12 avril 1934 (89) les renseignements recueillis à la suite d'une plainte ne sont pas assimilés à des actes interruptifs.

On pourrait penser trouver une explication à ces deux arrêts dans le fait qu'il s'agissait de délits particuliers non prévus au Code pénal, dont la prescription était plus courte. La chambre criminelle n'aurait pas voulu adopter un esprit plus répressif que la loi elle-même qui oblige à une action rapide.

290. — Cette opinion ne peut être acceptée, car la jurisprudence est revenue peu de temps après à la solution consacrée en 1911 et précisément à propos d'une courte prescription. Le 15 avril 1937 (90),

(85) Crim., 25-7-1890, B. 160 ; D.P. 1890.I.449.

(86) Crim., 28-1-1911, B. 64, qui rappelle le principe de la séparation des autorités de poursuite et d'instruction — en dehors de l'hypothèse du flagrant délit.

(87) Crim., 30-3-1911, B. 177.

(88) Crim., 3-2-1923, B. 48 (délit de chasse).

(89) Crim., 12-4-1934 ; D.H. 1934, p. 270 ; G.P. 1934.I.976 (injures publiques).

(90) Crim., 15-4-1937, B. 76 ; S. 1938.I.233, note Huguency.

dans une affaire de délits électoraux, il est affirmé : « Qu'elle agisse d'office ou sur réquisitions du Parquet, la gendarmerie tire de l'article 125 de la loi du 28 germinal An VI et des décrets rendus en exécution de cette loi, le droit de prendre ou de recueillir tous les renseignements possibles sur les crimes et délits. Ses procès-verbaux constituent des actes d'instruction et de poursuite. »

On ne saurait poser de manière plus nette le principe de l'assimilation des actes de la police judiciaire aux actes d'instruction, en ce domaine très précis de l'interruption de la prescription.

Certains pouvaient alors justifier cette solution par la nécessité d'interrompre la prescription parce qu'il s'agissait d'une matière particulière, où l'intérêt général (une certaine moralité des élections politiques) devait être respectée. La chambre criminelle devait déjouer ce calcul intellectuel en rendant un nouvel arrêt le 11 février 1938 (91).

Il s'agissait, cette fois, d'une infraction prévue par le Code pénal, d'un abus de confiance, et on ne pouvait mettre en avant l'intérêt général. Par ailleurs, ne pouvait être invoquée la loi relative aux pouvoirs et attributions de la gendarmerie, puisque le procès-verbal avait été accompli par un commissaire de police.

Cet arrêt pose ainsi de manière nette, le principe de l'interruption de la prescription par les actes de la police judiciaire puisque tous les éléments qui pouvaient inciter à une solution d'espèce sont écartés. La jurisprudence intervenue depuis cet arrêt confirme cette opinion.

Il a été décidé ainsi que « le procès-verbal par lequel un agent compétent constate une infraction à la loi pénale constitue un acte d'instruction au sens de l'article 637 et, à ce titre, interrompt la prescription » (92). Tout acte de constat, en matière particulière, revêt ainsi le caractère interruptif.

On aurait pu penser que la Cour de cassation adopterait une solution nuancée selon que les membres de la police judiciaire avaient agi spontanément ou en vertu de pouvoirs légaux. Émettre une telle opinion, c'est ignorer le profond revirement intervenu en 1938. Un arrêt du 2 juin 1943 (93) manifeste la même attitude qu'en 1938 : il importe peu que les actes aient été accomplis en vertu de réquisitions du Parquet ou aient été effectués d'office.

Les juridictions du fond ne se trompèrent point sur le sens de la nouvelle orientation de la chambre criminelle. C'est ce que témoigne un jugement du tribunal correctionnel de Châteauroux du 28 février 1951 (94) : « Par acte d'instruction ou de poursuite on

(91) Crim., 11-2-1938, B. 41 ; S. 1938.I.235, note Hugueney ; Rev. de Sc. crim., 1938, p. 314, obs. Carrive

(92) Crim., 24-2-1938, B. 55.

(93) Crim., 2-6-1943, B. 47 (rendu dans une affaire d'avortement, à propos d'une enquête effectuée par un commissaire de police).

(94) Trib. corr. de Châteauroux, 28-2-1951 ; J.C.P. 1952.II.6680, note J.P.B.

doit entendre... tout élément de procédure qui puisse être de nature à rassembler les preuves d'une infraction; il en est ainsi de tout procès-verbal d'enquête officieuse, d'office ou à la requête du Parquet, dans lequel se trouvent des constatations d'ordre matériel ou l'audition de toute personne portant sur des faits en rapport avec l'infraction reprochée. »

291. — Plusieurs arrêts ultérieurs de la Cour de cassation confirment la solution de 1938 (95). Toutefois, un arrêt du 24 novembre 1955 (96) semble admettre une solution différente. L'effet interruptif n'est pas reconnu aux renseignements demandés à la gendarmerie par un juge d'instruction. On pourrait penser à un revirement de jurisprudence, à un retour à la situation antérieure à 1938.

En réalité, il ne faut oublier les conditions dans lesquelles l'affaire a été rendue. Le juge d'instruction, en effet, se trouvait saisi d'une poursuite et il avait demandé à la gendarmerie de se renseigner pour savoir si le prévenu avait sollicité une transaction dans une poursuite du chef d'infraction à la législation des changes. Dès lors, la chambre criminelle a pu considérer qu'en l'absence de commission rogatoire, les renseignements obtenus ne pouvaient être des actes d'instruction. En définitive, cet arrêt n'est pas la manifestation d'un revirement, tout au plus peut-on le considérer comme un précurseur de l'article 14 C.P.P. qui établit le rôle de la police judiciaire selon qu'une information judiciaire est ouverte ou non.

Enfin, il convient de remarquer que l'effet interruptif de la prescription est accordé par la jurisprudence aux actes accomplis par les agents des différentes administrations, notamment l'administration fiscale (97) ou l'administration des douanes (98). La seule condition exigée est la compétence de l'agent.

292. — Un trouble est, cependant, apparu dans le domaine de l'assimilation des actes en vue de l'interruption de la prescription, à la suite des arrêts rendus en matière d'infractions économiques. Un arrêt du 9 janvier 1958 (99) refuse l'effet interruptif, en matière d'infractions économiques (législation des ordonnances du 30-6-1945) aux actes accomplis à l'occasion d'une procédure administrative qui pouvait amener soit une transaction, soit des poursuites judiciaires en cas d'échec de cette transaction. A la suite de cette motivation, il était permis de penser qu'à défaut d'interruption, il y avait au moins suspension. Le ministère public, en effet, avait été empêché

(95) Crim., 13-10-1954, B. 292 ; Crim., 26-1-1955, B. 64 ; Crim., 20-10-1955, B. 420. Voir aussi Crim., 3-12-1963 ; J.C.P. 1964, IV, p. 6.

(96) Crim., 24-11-1955, B. 520.

(97) Ainsi Crim., 25-6-1958, B. 493 ; de même Crim., 1-8-1930, B. 222 ; Crim., 21-12-1929, B. 289 ; Crim., 21-1-1928, B. 34. La solution est acquise en ce domaine avant le droit commun.

(98) Ainsi Crim., 26-11-1958, B. 696.

(99) Crim., 9-1-1958, B. 47 ; J.C.P. 1958.II.10537, note de M. Boitard.

d'agir pendant le laps de temps où il avait transmis le dossier aux autorités administratives chargées de préparer une transaction. Il n'avait pu empêcher l'accomplissement de la prescription.

Cette thèse a été défendue à l'appui d'un pourvoi devant la Cour de cassation, mais la chambre criminelle, par un arrêt du 26 février 1959 (100) la rejeta en estimant que l'obstacle n'était pas absolu. Cette solution était confirmée par un autre arrêt de la chambre criminelle en date du 10 avril 1959 (101).

Une certaine inquiétude s'est manifestée à la suite de ces décisions, car jusqu'à présent, l'évolution s'était révélée dans le sens d'une accentuation de la répression. Si nous examinons de près les arrêts, nous nous apercevons qu'ils ne vont pas à l'encontre des décisions antérieures, rendues à propos de l'interruption de la prescription. Il est curieux de constater, en effet, que les trois arrêts contiennent ce membre de phrase « par acte d'instruction ou de poursuite, pouvant aux termes des articles 637 et 638 C.I.C., interrompre la prescription de l'action publique et de l'action civile, il faut entendre ceux qui ont pour objet de constater les délits, d'en connaître ou d'en découvrir les auteurs ». Cette définition est exactement la reproduction de l'article 8 C.I.C., dont le contenu à peu près identique figure à l'article 14 C.P.P.

Dès lors, il est possible d'admettre que la Cour de cassation a seulement exprimé par ces trois arrêts que la procédure administrative des Services des enquêtes économiques ne répondait pas au rôle et aux attributions de la police judiciaire. Il ne s'agissait plus de constater l'infraction ou de rechercher son auteur, mais uniquement d'aboutir à un règlement amiable des conséquences de l'infraction.

Ainsi, la Cour de cassation est-elle demeurée fidèle au principe de l'assimilation des actes de police judiciaire aux actes d'instruction, du point de vue de l'interruption de la prescription. La jurisprudence s'est montrée audacieuse en accordant les mêmes effets juridiques à des actes ne présentant pas les mêmes garanties. Une nouvelle hardiesse l'a amenée à admettre que les citoyens puissent, de leur pleine volonté, renoncer aux garanties d'une instruction régulière menée par un juge d'instruction.

b) La libre participation des individus aux opérations menées par la police judiciaire.

293. — Ensermée dans de nombreuses formalités depuis la loi de 1897, l'instruction judiciaire est devenue un mécanisme lent et coûteux. L'enquête de police est apparue plus nécessaire que jamais. Elle a cherché à se justifier par le moyen de la libre participation des citoyens.

(100) Crim., 26-2-1959, B. 140.

(101) Crim., 10-4-1959, B. 206 ; D. 1959, som. p. 48. Voir dans le même sens Crim., 23-1-1963, B. 42 ; Crim., 31-10-1963 ; J.C.P. 1964.II.13494, note Chambon.

Une personne qui a autorisé un constat à son domicile ne pourra pas, par la suite, invoquer la nullité de cette opération effectuée sans mandat régulier. Il est possible de lui objecter l'adage de procédure civile « pas d'intérêt, pas d'action », dont l'application en procédure pénale revêt la forme de l'absence de violation des droits de la défense.

Au surplus, du point de vue même des textes, une certaine analogie de situation se présente avec l'hypothèse de l'article 46 C.I.C. (art. 53 al. 2 C.P.P.), qui assimile au flagrant délit les cas où le chef de la maison requiert de l'intérieur l'intervention des officiers de la police judiciaire. L'auteur d'un traité de procédure pénale, destiné à de futurs commissaires de police (102) suggérait de solliciter cette réclamation faite de l'intérieur, afin de rendre plus légitime l'action de la police judiciaire.

Enfin, il est possible de considérer l'autorisation donnée par une personne à un officier de police judiciaire comme une sorte d'aveu : on montre que l'on a rien à cacher, ou bien que l'on possède une conduite répréhensible. C'est donc un aveu à décharge ou à charge selon les hypothèses. Celui qui aurait avoué dans ces conditions ne peut rechercher aucun moyen de faire tomber les éléments recueillis puisqu'il s'est prêté bénévolement à cette procédure et n'en ignorait pas les risques.

294. — Le premier arrêt qui témoigne de cette orientation aurait dû normalement figurer au paragraphe précédent, puisqu'il porte la date du 30 juin 1860 (103). En fait, cette décision est restée isolée, et de surcroît, elle était intervenue en matière de simple police.

C'est donc véritablement l'arrêt du 25 juin 1909 (104) qui inaugure cette solution. En vue de rechercher une infraction à la législation concernant la détention de documents intéressant la défense nationale, un maire avait procédé à une perquisition en l'absence de tout mandat de justice. Pris de peur, l'individu avait ouvert. Dans ces conditions, la Cour de cassation a estimé que le citoyen n'avait pu librement et volontairement consentir à l'introduction du maire dans son domicile (105).

Un an après, le 9 décembre 1910 (106), en matière de tenue de maisons de jeux de hasard, la chambre criminelle estimait qu'une perquisition illégale ne pouvait être validée s'il ne résultait pas des énonciations de l'arrêt de la cour d'appel qu'il y avait eu consentement des prévenus à la perquisition. Dès cet arrêt de 1910, la Cour de cassation veille à la qualité du consentement donné. Ce consente-

(102) LAMBERT, « Traité de police judiciaire », p. 161.

(103) Crim., 30-6-1860, B. 146.

(104) Crim., 25-6-1909, B. 324.

(105) Le maire, O.P.J., avait du reste fait l'objet de poursuites du chef de violation de domicile (art. 184, Code pénal).

(106) Crim., 9-12-1910, B. 619 ; D.P. 1912.I.30.

ment doit être libre, volontaire et donné en connaissance de cause. L'arrêt de la Cour d'appel a été, précisément, cassé parce qu'il avait accepté un consentement tacite de l'intéressé (ce consentement tacite serait résulté du fait que l'intéressé n'avait pas opposé la nullité de la perquisition pendant le délai d'un mois). Désormais la chambre criminelle insistera sur ce consentement nécessaire pour régulariser l'opération.

295. — Ainsi, il a été décidé que le consentement n'avait pu être libre, ni fourni en connaissance de cause lorsque le prévenu n'avait ouvert sa porte qu'après avoir été sommé d'ouvrir au nom de la Loi (107). Le principe a été clairement posé par un arrêt du 12 mai 1923 (108). Après avoir rappelé qu'un commissaire de police ne peut, en dehors de l'hypothèse du crime flagrant, pénétrer dans le domicile d'un particulier pour y procéder à des perquisitions, la chambre criminelle admet qu'une opération irrégulière puisse être régularisée s'il est constaté un consentement libre et donné en connaissance de cause par l'inculpé.

La Cour de cassation a été vigilante en ce qui concerne le respect de cette dernière condition. N'a pu être considéré comme véritable consentement celui fourni par une personne qui avait cru à la légalité de l'intervention d'un commissaire de police après qu'il eût refusé d'ouvrir à un simple agent (109). De même, la Cour de cassation a rappelé aux juges du fond qu'ils devaient apprécier la valeur du consentement, de manière à lui permettre l'exercice de son droit de contrôle (110).

D'autres arrêts de la Cour de cassation rappellent cette nécessité d'un consentement libre, dont le dernier date du 26 juin 1958 (111). Dans cette espèce, des officiers de police judiciaire avaient reçu du juge d'instruction mandat d'effectuer une perquisition dans le dessein d'opérer des constatations précises. Au cours de leur perquisition infructueuse relativement à l'infraction visée par la commission rogatoire, ils découvrent les éléments d'une autre infraction. En cette hypothèse, les officiers de police judiciaire ne peuvent opérer car ils ne sont plus couverts par le mandat du juge, et il n'y a pas flagrant délit. Il s'agit du domaine de l'enquête de police et le consentement doit être obtenu. Or, le procès-verbal portait bien la mention de l'obtention du consentement, mais il n'était pas signé par la personne qui l'avait donné. Dans ces conditions, la Cour de cassation a pu considérer que le refus de l'intéressé de signer les mentions relatives à

(107) Crim., 17-10-1912, B. 496.

(108) Crim., 12-5-1923, B. 212 (rendu en la chambre du conseil) ; D.P. 1924. I.174. Voir aussi Crim., 31-1-1914 ; D.P. 1918.I.76.

(109) Crim., 15-12-1928 ; S. 1930-I.236.

(110) Crim., 2-1-1936, B. 1 ; S. 1937.I.73, note Hugueney.

(111) Ainsi Crim., 17-6-1942, B. 75 ; Crim., 9-7-1953, B. 242 ; D. 1954.110 ; Crim., 19-6-1957, B. 507 ; D. 1957.564 ; J.C.P. 1957.II.10226 ; Crim., 26-6-1958, B. 506 ; G.P. 1958.2.236.

la constatation de ce consentement rendait équivoque l'expression de cette constatation. Dès lors, la preuve n'était pas rapportée de la fourniture d'un consentement libre et donné en connaissance de cause.

296. — La participation libre et volontaire des citoyens aux enquêtes de police n'aboutit, toutefois, pas à changer la nature des actes. Ainsi, chaque fois que la participation n'a pas été totalement libre, la nullité de l'opération n'aura aucune incidence sur le déroulement du procès-verbal. Cette solution émane d'un arrêt du 29 juillet 1926 (112) qui admet la validité d'aveux faits sans contrainte lorsque ces aveux peuvent être disjoints des premiers actes irréguliers.

Il appartient aux juges de tenir compte de tous les éléments de preuve indépendants des actes irréguliers (113) et notamment d'aveux postérieurs faits sans contrainte.

Par plusieurs arrêts ultérieurs (114), la Cour de cassation rappelle aux juges qu'ils doivent apprécier les présomptions indépendantes des perquisitions irrégulières et tout particulièrement la valeur probatoire des actes postérieurs aux actes viciés (115). Les interrogatoires, notamment, doivent être totalement distincts des perquisitions nulles (116).

Tandis que la Cour de cassation admet une certaine valeur aux actes de la police judiciaire, elle va en même temps s'efforcer de limiter son champ d'action à l'intérieur des textes l'autorisant à agir (117).

2. — *La jurisprudence limitant l'action de la police judiciaire.*

297. — La limitation de l'activité de la police judiciaire s'inspire du désir d'éviter les détournements de pouvoirs. Ces détournements se trouvent en deux directions : tantôt la police judiciaire utilisait

(112) Crim., 29-7-1926, B. 198. Cette décision est la première à faire application de la non-incidence sur le procès pénal d'une irrégularité de la procédure préalable à la saisine du juge d'instruction. Ce principe avait été dégagé pour la première fois par un arrêt de Crim. du 3-7-1913 (B. 321) qui avait statué sur des actes accomplis en cours de procédure de flagrant délit par un juge de paix, et où il était contesté le caractère de flagrance. La Cour de cassation a décidé que le grief allégué — eût-il été vérifié — n'aurait pu vicier la procédure subséquente.

(113) Si l'acte est irrégulier, il est impossible à un président de cour d'assises d'admettre un officier de police judiciaire à déposer sur des faits dont il n'a eu connaissance qu'à raison de son introduction illégale au domicile du prévenu (cf. Crim., 28-8-1926, B. 223).

(114) Crim., 27-12-1935, B. 148 ; Crim., 2-1-1936, B. 3 ; S. 1937.I.73 (2^e espèce) ; Crim., 11-6-1949, B. 210. De même Aix, 3-5-1961, Rec. Droit pénal, 1961, p. 179.

(115) Pour la divisibilité du procès-verbal nul en matière d'infractions fiscales, voir pour les douanes : Crim., 28-10-1910, B. 527 ; Crim., 11-2-1911, B. 97 ; Crim., 24-10-1912, B. 507 et Crim., 22-5-1957, B. 438 ; en matière d'octroi : Crim., 20-5-1942, B. 64.

(116) Voir pour des aveux du prévenu et les déclarations de témoins non réellement indépendants de la perquisition : Crim., 12-2-1957, B. 137.

(117) Peut-être cette attitude reflète-t-elle sur le terrain judiciaire l'état d'esprit qui a animé les réformes législatives de 1933 et de 1935 modifiant les articles 87 à 90 C.I.C. et limitant les pouvoirs du Préfet.

des textes lui attribuant un droit de surveillance pour pratiquer des perquisitions, tantôt les magistrats eux-mêmes déléguaient trop facilement leur pouvoir d'instruire au moyen de commissions rogatoires vagues, aboutissant à un véritable déni de justice de la part des magistrats instructeurs.

a) *L'interprétation stricte des textes particuliers.*

298. — Des textes datant du Droit intermédiaire avaient accordé aux commissaires de police certains pouvoirs de surveillance, en vue d'assurer la sécurité et le bon ordre public. Ainsi en est-il en vertu du décret des 19 et 22 juillet 1791 pour les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, pour les lieux livrés notoirement à la débauche, ou ceux où l'on use en société de stupéfiants (118).

Très tôt, la pratique policière y vit un moyen de tourner les prescriptions strictes de la loi en matière de perquisitions. La Cour de cassation ne permit pas un pareil détournement de procédure. Par un arrêt du 18 février 1910 (119), il est rappelé que si un commissaire de police peut entrer dans les lieux prévus par le décret de 1791, en revanche, il ne possède pas le droit d'y accomplir des actes dont la loi ne lui a pas confié l'exécution. Un commissaire de police doit exercer son droit de surveillance et, le cas échéant, constater les contraventions à la législation, mais il ne peut pas sans délégation du juge y effectuer des perquisitions ou des saisies. Cette motivation se trouve reproduite dans deux autres arrêts (120).

De même, en matière d'infractions à la législation sur les débits de boissons, la Cour de cassation a rappelé que la police judiciaire avait qualité pour entrer dans les établissements où le public est admis, afin d'y constater les infractions qui sont commises (arrêt du 1-6-1922 en ce qui concerne la gendarmerie et arrêt du 13-5-1923 pour les agents de la force publique) (121).

De même, s'agissant de contrefaçon, la chambre criminelle a admis la régularité d'une saisie effectuée par un commissaire de police à la requête du propriétaire du modèle contrefait (lois du 19 juillet 1793 et du 25 prairial An III) (122).

La Cour de cassation a tout particulièrement veillé à l'interprétation stricte du texte du décret de 1791, pour éviter que les com-

(118) Des textes ont étendu ces droits de visite : ainsi pour les maisons d'accouchement (art. 94 du décret-loi du 29-7-1939), les établissements où l'on travaille la nuit (art. 105, Livre II du Code du travail), la vérification des poids et mesures, etc. Voir la note de Le Pavec, D. 1958.563.

(119) Crim., 18-2-1910, B. 73 ; S. 1911.I.233, note Roux.

(120) Crim., 31-1-1914, B. 74 (visite des hôtels meublés) et Crim., 29-3-1917, B. 90.

(121) Crim., 1-6-1922, B. 201 ; Crim., 13-5-1923, B. 215.

(122) Crim., 22-4-1937, B. 80.

missaires de police n'abusent de leur droit de visite légal pour effectuer des perquisitions (123).

Tout récemment, la chambre criminelle, par un arrêt du 11 avril 1959 (124) montre l'exacte limite des pouvoirs accordés et précise la nature des actes permis par la loi : « en vertu de l'article 10 du décret du 19 juillet 1791, les officiers de police judiciaire ont le pouvoir de pénétrer dans les domiciles particuliers s'ils sont destinés notoirement à la débauche. Les constatations oculaires qu'ils font ne constituent pas par elles-mêmes une perquisition, et la remise d'un registre qui leur est faite n'est pas une saisie, s'il est affirmé que cette remise a été volontaire ».

Ainsi, c'est toujours la même interprétation du texte qui est proposée. Parallèlement, la Cour de cassation qualifiait d'actes d'instruction certains procédés utilisés lors d'arrestations provisoires ou de vérification d'identité, tels que la fouille à corps.

299. — L'arrêt du 22 janvier 1953 (125) assimilait la fouille à corps à une véritable perquisition. De cette qualification résulte l'impossibilité pour un officier de police judiciaire d'y procéder tant qu'une information n'est pas ouverte. Si l'existence d'un délit était révélée par une telle opération, la perquisition serait nulle et il ne serait pas possible d'obtenir une condamnation en l'absence d'autres preuves.

La perquisition-fouille à corps serait, en revanche, valable si l'officier de police judiciaire agissait en vertu des pouvoirs du crime flagrant (art. 32 et ss. C.I.C.). C'est ce qui a été décidé notamment lorsqu'un attentat vient d'être perpétré et que les officiers de police judiciaire procèdent à une fouille de suspects. Si, à ce moment, une autre infraction est révélée, les poursuites engagées à la suite de cette perquisition seront valables (126).

En restreignant l'activité de la police judiciaire à son rôle précis et particulier déterminé par les lois spéciales, la Cour de cassation a voulu que les juges d'instruction accomplissent leur mission. Mais, comme il est facile à ces magistrats de déléguer leur pouvoir d'instruire, il a été nécessaire de limiter les commissions rogatoires, dont certaines apparaissaient comme un blanc-seing donné à la police judiciaire.

b) La limitation des commissions rogatoires.

300. — Conçue essentiellement comme un moyen de permettre l'accomplissement d'actes que le juge ne peut effectuer lui-même, la

(123) Crim., 14-2-1925, B. 57 ; Crim., 19-6-1957, B. 507 ; D. 1958, p. 563 ; J.C.P. 1957.II.10226.

(124) Crim., 11-4-1959, B. 214, D. 1959, som. 107.

(125) Crim., 22-1-1953, B. 24 ; D. 1953, p. 533 ; S. 1954.I.89 ; J.C.P. 1953.II.7456, note Brouhot. Voir aussi Aix, 3-5-1961, Rec. Droit pénal, 1961, p. 179 ; Adde, PEDAMON, « La fouille corporelle », Rev. Sc. crim., 1960, p. 31.

(126) Crim., 18-12-1958, B. 760.

commission rogatoire a donné lieu à des abus. L'encombrement des cabinets d'instruction dû à la loi du 8 décembre 1897 et l'accroissement des enquêtes officieuses ont amené le juge d'instruction à déléguer très souvent ses pouvoirs, l'instruction judiciaire étant ouverte pour la forme.

Pour mettre un terme à ces pratiques abusives, la Cour de cassation a réagi avec vigueur. Dès le 9 juin 1943 (127), est déclarée nulle la délégation revêtant la forme d'une délégation générale de pouvoirs et visant de manière éventuelle toute une catégorie d'infractions. Cette affaire avait été rendue à propos des pouvoirs du préfet, mais il convient de remarquer qu'à l'époque, ce fonctionnaire possédait les mêmes attributions qu'un juge d'instruction en vertu de l'article 10 C.I.C., modifié par le décret-loi du 1^{er} juillet 1939.

L'arrêt Isnard du 22 janvier 1953 (128) proclamait cette solution en matière d'instruction ouverte par le juge d'instruction. La chambre criminelle mène plus loin son argumentation en montrant qu'un tel procédé aurait pour effet d'abandonner à la merci de l'officier de police judiciaire délégué l'inviolabilité du domicile de l'ensemble des citoyens (considérée comme le corollaire de la liberté individuelle).

D'autres arrêts (129) ont manifesté la même attitude. Celui du 21 mars 1957 (130) précise la notion de commission rogatoire générale : il s'agit de l'acte qui vise de manière éventuelle toute une catégorie d'infractions sans indiquer aucun fait déterminé, sans préciser aucune charge à l'égard de quiconque, ni faire état d'aucun document. C'est une définition voisine de celle-ci que le Code de procédure pénale adoptera à l'article 151, al. 2 et 3.

Dès lors, n'est pas une commission rogatoire prohibée celle délivrée dans une information contre inconnu visant des faits déterminés et destinée à permettre toutes recherches utiles en vue de l'identification des auteurs de ces faits, y compris les perquisitions au domicile de personnes non encore inculpées (131). De même, il n'y a pas délégation générale de pouvoirs lorsque, dans une information ouverte contre X, la commission rogatoire précise les faits et fixe la mission donnée au commissaire de police (232).

L'interdiction des commissions rogatoires générales a pour but d'éviter la délégation générale de pouvoirs relativement aux infractions, mais non celle relativement aux actes.

301. — En même temps que s'élaborait cette jurisprudence, la Cour de cassation veillait au déroulement des opérations effectuées sur

(127) *Crim.*, 9-6-1943, B. 50.

(128) *Crim.*, 22-1-1953, B. 24; *J.C.P.* 1953.II.7456; *S.* 1954.I.89; *D.* 1953, p. 533.

(129) *Ainsi Crim.*, 19-3-1953, B. 99; *Crim.*, 19-1-1956, B. 81.

(130) *Crim.*, 21-3-1957, B. 278; *D.* 1957.482.

(131) *Crim.*, 4-12-1956, B. 802. Voir aussi *Crim.*, 5-5-1953, B. 157 et *Crim.*, 5-11-1953; *D.* 1955, som. 37.

(132) *Crim.*, 19-6-1957, B. 503.

commission rogatoire. Par un arrêt du 12 juin 1952 (133), il est rappelé que les officiers de police judiciaire commis par un juge d'instruction sont tenus aux mêmes règles. Ils ne peuvent, dès lors, utiliser des moyens déloyaux, ou des ruses dans le dessein d'obtenir des éléments de preuve. C'est aussi ce que vient de décider la chambre criminelle par un arrêt du 24 juillet 1961 (134). Dans cette dernière affaire, un officier de police judiciaire avait continué d'utiliser, après une ordonnance de non-lieu, la commission rogatoire précédemment décernée. La Cour de cassation affirme que « si la police judiciaire pouvait, après la clôture de l'information ouverte le 27 octobre 1956, poursuivre ses recherches en vue de l'identification de l'auteur du crime commis, elle ne pouvait plus accomplir des actes rentrant dans une information judiciaire, mais seulement dans une enquête officieuse ».

Cet arrêt, en définitive, ne fait qu'appliquer à une procédure effectuée antérieurement au C.P.P. l'article 14 de ce Code. Quand une information est ouverte, la police judiciaire a pour mission d'accomplir les délégations des juridictions d'instruction ; en toute autre hypothèse elle peut procéder à des enquêtes en appliquant les dispositions légales du C.P.P.

SECTION III

LA CONSECRATION LEGISLATIVE DE L'ENQUETE PRELIMINAIRE

302. — Le Code de procédure pénale a prévu et réglementé les pouvoirs de la police judiciaire antérieurement à la saisine de la justice. Désormais, il n'y a plus lieu de discuter le problème de la légalité ou de l'illégalité de cette procédure (135). La promulgation d'un nouveau code obligeait à trancher cette question, eu égard à la pratique suivie antérieurement (136). L'enquête préliminaire acceptée par la jurisprudence sous certaines conditions, devait alors être reconnue par la loi. Nous montrerons dans un premier paragraphe les dispositions légales, puis nous essaierons dans un second paragraphe de définir la nature juridique des actes accomplis au cours de cette enquête.

(133) Crim., 12-6-1952, B. 152 ; J.C.P. 1952.II.7241, note Brouhot.

(134) Crim., 24-7-1961, B. 353.

(135) Cf. BLONDET, « La légalité de l'enquête officieuse », J.C.P. 1955.I.1233 ; « Pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire », J.C.P. 1956.I.1311 ; « L'enquête préliminaire dans le nouveau Code », J.C.P. 1959.I.1513 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 542.

(136) Cf. Rapport annexé au projet de loi ; Documents parlementaires, Conseil de la République ; 1955, n° 554, p. 33, n° 81.

§ 1. — Les textes relatifs à l'enquête préliminaire.

303. — Quatre articles seulement sont consacrés à cette enquête et cela peut sembler surprenant à ceux qui connaissent la fréquence de ces procédures. Certes, il convient de conserver une enquête peu compliquée et rapide, qui sert au ministère public. Le Code de procédure pénale a admis que le procureur de la République avait toute liberté pour déclencher le procès pénal (art. 40 al 1 C.P.P.) (137). Ce représentant de la Société, malgré son irresponsabilité de fait (138), est cependant soucieux de ne mettre en marche la justice qu'à bon escient. Pour se décider en connaissance de cause, il est nécessaire de réunir certains éléments d'information.

M. Salingardes (139) a relevé qu'entre 1950 et 1955, 530.000 affaires avaient été classées tandis que 150.000 autres étaient poursuivies directement sur la base des documents de l'enquête préliminaire. Il est intéressant de constater qu'au cours de la même période 65.000 affaires seulement étaient confiées aux juges d'instruction (138 bis).

L'enquête préliminaire possède une réglementation inspirée de l'évolution jurisprudentielle, c'est-à-dire que le formalisme en sera pratiquement absent. Cependant, dès la parution du texte, de nombreuses récriminations sont émanées des services de police (140). En donnant des attributions légales, le Code de procédure pénale a dû prendre parti sur les moyens propres à atteindre le but recherché et, nécessairement, des limitations ont été apportées à l'action de la police judiciaire.

A. — LA RÉGLEMENTATION SOUPLE.

304. — La première jurisprudence de la Cour de cassation est à l'origine de ce caractère essentiel de l'enquête préliminaire. Un arrêt du 23 mars 1916 (141) estimait que les enquêtes préliminaires ne sont soumises à aucune formalité. Ce trait spécifique peut être montré tant en ce qui concerne les personnes chargées de l'enquête que les actes accomplis.

(137) La commission d'études pénales législatives n'a pas voulu prendre parti sur le problème du non-déclenchement des poursuites : cf. VOUIN, « Le Code de procédure pénale », J.C.P. 1959.I.1477 ; STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 578 et 580.

(138) L'irresponsabilité de fait résulte de la non-application des textes relatifs à la prise à partie (art. 505 et ss. C.P. civile). A ce propos, il est curieux de constater que le C.P.P. ne possède pas de réglementation propre. Ce texte d'ailleurs devrait figurer au statut de la magistrature.

(139) SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78.

(139 bis) Au cours de ces dernières années, environ 920.000 affaires sont classées, 220.000 sont portées directement à l'audience et 85.000 sont confiées à l'instruction (statistiques de 1960 à 1962).

(140) M. VOUIN (J.C.P. 1959.I.1477) y voit une des raisons du retard apporté à l'application du texte voté le 31-12-1957.

(141) Crim., 23-3-1916, B. 67. Voir aussi Crim., 31-7-1929, B. 219 et Crim., 4-7-1930, B. 196.

1. — *Les personnes chargées de l'enquête.*

La simplicité de l'enquête préliminaire apparaît aux deux points de vue de l'initiative et de l'exécution.

305. — On pouvait concevoir, dans le cadre d'une réforme de la procédure, que les textes déterminent de manière précise les personnes chargées de mettre en marche cette information préliminaire. Les enquêtes, par exemple, auraient été déclenchées uniquement par le procureur de la République. Tel était le sens d'un amendement proposé lors de la première lecture à l'Assemblée nationale par M. Pierre Cot (142). Les membres de la police judiciaire n'auraient pu, dès lors, agir spontanément. En réalité, l'amendement de M. Cot était confus, car ce parlementaire affirmait : « Cela n'empêchera pas les enquêtes ordinaires ; cela n'empêchera pas les policiers d'aller interroger les concierges ou même de demander à certaines personnes de passer à leur bureau ». La situation n'aurait guère différé du système antérieur. M. Cot, en fait, voulait seulement limiter la garde à vue ; mais, à ce moment, ce n'est plus l'initiative de l'enquête qui est en cause.

Il résulte des discussions intervenues à l'Assemblée nationale que l'on n'a pas voulu s'orienter vers un système restrictif. Les membres de la police judiciaire conservent la possibilité d'enquêter sans avoir reçu de directives de la part du ministère public. La rédaction de la finale de l'article 75 C.P.P. témoigne du souci de consacrer la pratique antérieure. La police judiciaire n'a pas à recevoir d'ordres, elle peut d'office procéder à des enquêtes. Mais, qui sera chargé d'une telle mission ?

306. — En d'autres termes, l'exécution d'une enquête préliminaire peut-elle être confiée à tout membre de la police judiciaire ou seulement à des officiers de police judiciaire ?

La première rédaction du Code de procédure pénale optait pour la seconde solution. on se demandait alors si un officier de police judiciaire pouvait déléguer ses attributions à un simple agent. La question était résolue par l'affirmative. L'article 128 du décret du 20 mai 1903, modifié par le décret du 22 août 1958, relatif à l'organisation du service de la gendarmerie, autorisait les simples gendarmes à mener des enquêtes préliminaires (143). M. Salingardes (144) approuvait cette solution en se fondant sur la difficulté qu'il y aurait pour les brigades de campagne de procéder à des enquêtes, car sou-

(142) Débats de l'Assemblée nationale, 1957, p. 3009 (séance du 25-6-1957).

(143) Ce décret constitue l'interprétation des règles de procédure pénale dont la gendarmerie peut faire usage. Il précise les attributions de cette arme. Depuis la loi du 7-7-1949, certains gendarmes peuvent obtenir la qualité d'officiers de police judiciaire après avoir passé un examen spécial (cf. art. 16, 2° C.P.P. et art. R. 1 à R. 5 C.P.P.).

(144) Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75 à 78.

vent ces brigades disposent d'un petit nombre d'officiers de police judiciaire. Une fois admise cette extension au profit des simples gendarmes, il n'y avait aucune raison de ne pas traiter également les autres agents de police judiciaire (145).

Compte tenu de ces interprétations, le législateur a cru bon de réserver la possibilité de mener des enquêtes préliminaires à certains agents de police judiciaire. L'ordonnance du 4 juin 1960 a établi deux catégories d'agents : la première, comprenant les simples gendarmes et les officiers de police adjoints, est seule compétente, en dehors des officiers de police judiciaire, pour mener des enquêtes (art. 20 et 75 C.P.P.).

La seconde catégorie énumérée à l'article 21 C.P.P. peut seconder les officiers de police judiciaire, sans posséder d'attributions propres. Ces agents de police judiciaire n'agissent pas pour eux-mêmes, mais pour le compte d'une autre personne, en vertu d'un ordre reçu.

Le caractère souple de l'enquête préliminaire manifesté à propos des personnes, se présente aussi relativement aux actes.

2. — *Les actes de l'enquête préliminaire.*

307. — Les articles relatifs à l'enquête préliminaire ne fournissent pas une liste limitative des actes. Si l'article 76 mentionne les perquisitions, visites domiciliaires et les saisies, c'est uniquement pour limiter l'activité des enquêteurs. En tout autre domaine, l'enquête est libre, de même qu'est libre la manière dont les opérations vont être rapportées.

Le domaine de l'enquête.

308. — La police judiciaire n'est pas tenue d'effectuer les seuls actes prévus à l'article 76 C.P.P., elle dispose d'une liberté totale pour exécuter toute mesure lui paraissant utile. Ainsi en est-il pour les témoignages. Ce procédé est très fréquemment utilisé pour réunir les premiers éléments de l'enquête. Souvent, une perquisition ne sera décidée qu'après l'obtention de renseignements favorables (146). L'article 20 C.P.P., dans sa rédaction du 4 juin 1960, permet aux agents de police judiciaire de la première catégorie de « recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes les personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et les complices des infractions ».

Il ne s'agit, d'ailleurs, pas de véritable témoignage parce que ces déclarations ne sont pas soumises au formalisme des articles ayant trait à cet acte. Tel est le sens d'un arrêt de la Cour de cassation du

(145) Cf. MIMIN, « La nouvelle enquête policière » J.C.P. 1959.I.1500.

(146) Les constatations matérielles apportent plus de certitude que les impressions fugitives fournies par des témoins (cf. GORPHE, « La critique du témoignage »).

16 février 1961 (147) écartant l'application des articles 102 et 121 C.P.P. en matière d'enquête préliminaire. Il avait, du reste, été précédé par un arrêt du 24 février 1960 (148) décidant que l'audition des personnes soupçonnées comme celle des témoins n'était soumise à aucune autre restriction que celles formulées à l'article 77 relativement à la garde à vue.

La liste des actes n'est donc pas limitative, et pratiquement, les actes de l'enquête préliminaire ne sont soumis à aucune forme.

L'absence de formalisme.

309. — La principale caractéristique de l'enquête préliminaire réside dans son absence de forme. La loi n'a pas précisé de quelle manière ces actes seraient rédigés ou transmis au procureur de la République (149). Cet aspect non ritualiste est essentiel pour assurer l'efficacité de l'action policière. La chambre criminelle a, d'ailleurs, compris cette nécessité ainsi qu'en témoignent les deux arrêts précités du 24 février 1960 et du 16 février 1961. Toutefois, certaines formes doivent être respectées, afin d'établir sans équivoque possible la qualité du rédacteur de l'acte.

L'article D. 9 du C.P.P. précise cette obligation (ainsi que l'article D. 11). Les différents traités destinés à l'usage des commissaires de police tentent de définir les caractéristiques matérielles des procès-verbaux en vue d'aboutir à une certaine uniformité (150).

Si l'acte paraît incomplet ou mal fait, sera-t-il possible de le recommencer ? L'article 60 du C.I.C. permettait au juge d'instruction de refaire les actes dressés par les officiers de police judiciaire au cours d'une enquête de flagrant délit. Cet article a aujourd'hui disparu et, de plus, nous nous trouvons dans l'hypothèse d'une enquête préliminaire. Il semble donc qu'il faille admettre l'impossibilité d'annuler un acte et, par là même, de le recommencer. C'est d'ailleurs en ce sens qu'opinent les commentateurs (151) en se fondant sur le pouvoir de direction de la police judiciaire attribué au procureur de la République par l'article 41 C.P.P. Ce magistrat aurait la possibilité de demander d'autres renseignements à l'officier de police judiciaire, voire de le dessaisir et de confier à un autre la mission de refaire ou compléter les actes ayant paru insuffisants (l'article D. 1 al. 2 C.P.P. permet cette interprétation, puisque le procureur de la République dirige l'activité des officiers de police judiciaire).

(147) Crim., 16-2-1961, B. 104.

(148) Crim., 24-2-1960, B. 111. Dans le même sens, Crim., 7-6-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 194, p. 401 ; Crim., 17-6-1964, Bull. Crim., 1964, n° 204, p. 440.

(149) Ainsi, article C. 134 de la circulaire. De même, SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 16 ; MIMIN, « La nouvelle enquête policière » ; J.C.P. 1959.I.1500, n° 24.

(150) Ainsi PARRA, « Traité de procédure pénale policière », p. 138 et ss. LAMBERT, « Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien », p. 139 et ss. Voir aussi le décret du 20-5-1903 relatif à la gendarmerie, article 127.

(151) Ainsi SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 17.

Toutefois, les modifications des actes devront intervenir avant l'ouverture d'une procédure judiciaire, à moins de procéder selon les formes prévues en matière d'annulation d'actes. C'est d'ailleurs ce que vient de décider la Cour de cassation par un arrêt du 4 février 1960 (152). Un tribunal militaire avait annulé, pour partie seulement, un procès-verbal. Les demandeurs au pourvoi soutinrent, alors, que si l'acte était nul, il devait cesser de figurer au dossier. Il ne pouvait y demeurer pour valoir simple renseignement surtout que la partie estimée nulle par le tribunal était très semblable à celle qui n'avait pas été annulée. La Cour de cassation devait censurer le jugement du tribunal militaire parce que la juridiction saisie ne pouvait pas annuler un procès-verbal irrégulier, toutes les pièces de la procédure étant acquises aux débats. Il appartenait seulement au tribunal d'apprécier la valeur probante des actes. On ne peut manquer d'évoquer à ce propos les derniers arrêts rendus par la Cour de cassation avant l'introduction de l'enquête préliminaire dans le droit positif, et notamment celui rendu le 10 novembre 1959 (153).

Les actes de l'enquête préliminaire ne peuvent donc être modifiés une fois qu'ils sont versés au dossier de la procédure, mais antérieurement, aucune limitation n'existe. Peut-être la solution sera-t-elle différente lorsque la loi a indiqué un formalisme particulier. Dans ce cas, le formalisme apparaît comme un frein aux pouvoirs de la police judiciaire.

B. — LA LIMITATION DES POUVOIRS DE LA POLICE JUDICIAIRE.

310. — Les restrictions aux pouvoirs de la police judiciaire se manifestent soit dans l'incompétence de certaines personnes, soit dans l'exigence de formalités particulières pour certains actes.

1. — *Incompétence de certaines personnes.*

Avant la promulgation de l'ordonnance du 4 juin 1960 qui a établi deux catégories parmi les agents de la police judiciaire, il était possible de se demander si les actes impliquant une certaine coercition auraient pu être confiés à de simples agents de la police judiciaire (notamment perquisitions et garde à vue). Par ailleurs, n'existe-t-il pas des hypothèses où les membres de la police judiciaire sont totalement incompetents ?

Incompétence relative.

311. — L'ordonnance du 4 juin 1960, en apportant une nouvelle rédaction aux articles 20 et 21 du Code de procédure pénale, a pris le soin de préciser que les agents de police judiciaire de la première catégorie, compétente pour mener des enquêtes préliminaires, n'avaient pas la possibilité de prendre des mesures de garde à vue à l'égard

(152) Crim., 4-2-1960, B. 68.

(153) Crim., 10-11-1959, B. 475 ; Voir aussi Crim., 12-5-1960, B. 260.

des témoins. Telle était déjà la solution qu'avait consacré le décret relatif à l'organisation du service de la gendarmerie (art. 128 du décret du 20-5-1903 modifié par le décret du 22-8-1958). Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies ne sont pas interdites à ces agents, en revanche aucune contrainte ne peut être exercée sur les individus de la part de ces agents.

La garde à vue est une mesure trop importante puisqu'elle prive un individu de sa liberté, pour qu'elle soit abandonnée à un trop grand nombre de policiers. Si des agents de police judiciaire, après avoir réuni un certain nombre de renseignements, estiment nécessaire une mesure de garde à vue, il leur faudra recourir à un officier de police judiciaire pour décider de cet acte. Cette personne, avant de la prononcer, examinera le dossier afin de se décider en pleine connaissance de cause.

Seule la garde à vue est réservée à la discrétion des officiers de police judiciaire parmi les différents actes de l'enquête préliminaire. Dans certains cas, c'est l'ouverture de l'enquête préliminaire qui ne peut avoir lieu, rendant totalement incompétents les membres de la police judiciaire.

Incompétence absolue.

312. — Dans certaines hypothèses, aucune enquête préliminaire ne pourra être menée. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, l'absence de réglementation avait conduit à l'admettre à tout moment : avant la saisine légale des autorités judiciaires, pendant la saisine du juge d'instruction, avant la saisine de la cour d'assises, ou même entre le jugement et l'arrêt d'appel. Parfois, la juridiction de jugement elle-même a chargé le ministère public de procéder à la recherche de certains éléments.

Le Code de procédure pénale entend limiter l'activité de la police judiciaire. Aucune enquête de police ne peut être menée lorsque le juge d'instruction est saisi, ou tout autre organe judiciaire. L'article 14 C.P.P. indique en effet que la police judiciaire a pour mission de constater les infractions et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte, et d'exécuter les commissions rogatoires qui lui sont adressées par les organes de justice, lorsque ceux-ci sont saisis.

Ainsi l'enquête mérite-t-elle son nom de « préliminaire », elle a lieu avant la saisine de toute juridiction (154). Elle pourrait, toutefois, se dérouler après le dessaisissement du juge d'instruction par une ordonnance de non-lieu. Dans cette hypothèse, l'enquête serait préliminaire à une éventuelle reprise de l'information sur charges nouvelles (155).

(154) MIMIN, « La nouvelle enquête policière », J.C.P. 1959.I.1500.

(155) Ainsi Crim., 24-7-1961, B. 353. C'est d'ailleurs parce que de nouvelles recherches sont entreprises qu'il sera possible de procéder à une reprise de l'information (art. 188 à 190 C.P.P.).

Différents auteurs (156) ont cependant estimé que l'enquête préliminaire pourrait être menée parallèlement à l'enquête judiciaire. Les documents ainsi réunis seraient versés au dossier en vue d'un débat contradictoire. Cette hypothèse serait justifiée selon ces auteurs soit par le fait que le juge d'instruction ne voudrait pas utiliser le procédé de la commission rogatoire, soit par l'obtention d'un nouveau document par la police judiciaire, document qui n'avait pu être joint au rapport de fin d'enquête.

A notre avis, il ne paraît pas possible qu'une enquête préliminaire puisse se dérouler parallèlement à l'information judiciaire. Il est à souhaiter, d'ailleurs, que si de telles hypothèses se présentent un jour, la Cour de cassation ne manque pas de censurer ces procédures illégales. Tout au plus peut-on admettre que la police judiciaire, ayant obtenu fortuitement un renseignement, puisse le communiquer au juge d'instruction. Il ne lui appartient pas de procéder à des recherches en l'absence de toute commission rogatoire.

Toute opinion inverse ne tiendrait pas compte de l'esprit qui a animé la réforme de la procédure pénale. L'enquête préliminaire a été acceptée en vue précisément de limiter les activités de la police judiciaire à un domaine précis. Police et justice s'exercent en des temps différents, il ne doit jamais y avoir concurrence (157).

Le Code de procédure pénale exprime une attitude restrictive par rapport à la jurisprudence précédant son entrée en vigueur. Cette même attitude se manifeste à propos des actes de l'enquête préliminaire.

2. — La réglementation de certains actes.

313. — Pour certains actes, le Code a édicté un formalisme. Il est alors permis de se demander si certains actes réglementés minutieusement au cours de l'instruction ne se trouvent pas interdits au cours de l'enquête préliminaire.

(156) Ainsi MIMIN, J.C.P. 1959.I.1500, n° 28 ; SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 20 ; BLONDET, J.C.P. 1959.I.1513.

(157) Peut-être faudrait-il admettre une certaine tolérance dans l'hypothèse de l'ignorance de la saisine des autorités de justice. En toute hypothèse, avant d'entreprendre des recherches nouvelles, les membres de la police judiciaire devraient se renseigner au Parquet pour connaître la suite donnée à leur procès-verbal initial.

Un arrêt de la chambre criminelle en date du 21 août 1961 (B. 362) atteste la nouvelle interprétation des textes. En l'espèce, le commissaire du Gouvernement avait effectué certaines investigations « ayant le caractère d'actes d'information », alors que de tels pouvoirs appartenaient au président du tribunal militaire. Dans ces conditions, la Cour de cassation a cassé le jugement du tribunal permanent des forces armées.

Voir, à cet égard, les remarques de M. STEFANI, « L'acte d'Instruction », Mélanges Hugueney, p. 147, n° 15 ; FRÉJAVILLE et SOYER, « Manuel de droit criminel », n° 357 et 367.

a) *Les formalités.*

L'article 76 C.P.P. pose le principe que le consentement de l'intéressé est requis pour toute perquisition, visite domiciliaire ou saisie. Cette nécessité du consentement avait été introduite par la Cour de cassation, après la promulgation de la loi de 1897, dans le dessein de valider des opérations auxquelles les intéressés avaient coopéré. Nous avons constaté, alors, que la Cour de cassation avait veillé à ce que le consentement ait été réellement libre. L'aboutissement de cette jurisprudence est marqué par l'alinéa 2 de l'article 76 C.P.P. Pour simplifier le problème de la preuve de cet assentiment, il est prévu que l'intéressé doit l'écrire expressément. Il ne suffisait pas qu'il signe un document préparé à l'avance. De cette manière, la loi entend assurer une authentique liberté de la coopération des individus, qui auraient pu être influencés, à la vue des marques d'autorité. Si la personne ne pouvait ou ne savait écrire, elle pourrait fournir un consentement verbal, mais peut-être serait-il nécessaire que deux témoins constatent la réception de ce consentement (art. 76 al. 2).

Certains se sont demandés si le consentement devait être fourni en connaissance de cause. Sur ce point, on peut estimer que le fait de copier par écrit le consentement donné suffira à attirer l'attention de la personne visitée (158). Au surplus, en ce qui concerne les perquisitions effectuées par la gendarmerie, le décret du 22 août 1958 a prévu une formule qui ne peut amener aucun doute dans l'esprit de la personne chez laquelle la perquisition doit avoir lieu (159).

Lorsque l'enquête était officieuse, on discutait de l'effet de la rétractation du consentement (160). Actuellement, il semble que la rétractation du consentement ne puisse intervenir (161). Cette solution peut sembler étonnante, mais une analyse plus serrée permet de se rendre compte que la perquisition effectuée au cours d'une enquête officieuse avait besoin d'être soutenue à tout moment par le consentement de l'intéressé. Quand le consentement prenait fin, l'enquête devait être suspendue. Désormais, l'accord par écrit est fourni avant. Ce surcroît de forme doit amener l'individu à envisager les conséquences possibles de son acceptation. Admettre la rétractation de son consentement, conduit à lui accorder un droit de repentir, lui permettant d'écarter les responsabilités qu'il avait prises. Par ailleurs, une difficulté de preuve pourrait se greffer, mais elle ne serait pas insurmontable : l'intéressé devrait par écrit retirer son consentement.

(158) Pour certains auteurs, la déclaration écrite n'aurait pas besoin d'être olographe, il suffirait d'un assentiment non équivoque résultant d'une mention « lu et approuvé » avant la signature d'un texte (cf. VOUIN-BESSON-ARPAILLANCE, « Code annoté de procédure pénale », art. 76, note 2).

(159) En ce sens : article C. 136.

(160) Ainsi BLONDET, « L'enquête officieuse », J.C.P. 1956.I.1311, n° 22.

(161) En ce sens, BLONDET, J.C.P. 1959.I. 1513 ; SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75 à 78, n° 62.

Mais il semble bien que le libellé de la loi ne laisse aucune place au retrait du consentement.

Un second aspect du formalisme en matière de perquisition est manifesté par le fait que l'article 76 se réfère expressément aux articles 56 et 59 al. 1 C.P.P. D'une part, l'entrée dans le domicile d'un particulier doit avoir lieu entre 6 heures et 21 heures (art. 59 al. 1), d'autre part, l'officier de police judiciaire est seul habilité à prendre connaissance des documents avant de procéder à une saisie. Dans cette dernière hypothèse, les documents devront être inventoriés et placés sous scellés.

En prescrivant ces diverses formes, la loi a entendu assurer le respect des libertés individuelles ; le même motif a présidé l'introduction du formalisme en matière de garde à vue (161 *bis*).

314. — Si l'article 77 C.P.P. autorise la garde à vue lorsque les nécessités de l'enquête l'imposent, l'article 78 renvoie à la réglementation formaliste prévue dans le cadre de l'enquête de flagrant délit (art. 64 et 65 C.P.P.). La manière même dont est décidée la garde à vue confirme le caractère souple de l'enquête préliminaire, car la décision est laissée à l'entière discrétion de l'officier de police judiciaire. D'autre part, la notion de « nécessités de l'enquête » est assez imprécise, et souvent l'enquêteur se décidera de manière intuitive beaucoup plus que de manière discursive. En d'autres termes, la motivation sera plutôt générale que spéciale à l'enquête. La formule de l'article 77 a d'ailleurs été voulue imprécise pour permettre une action efficace de la police judiciaire.

La garde à vue est prévue, en principe, pour un délai de 24 heures (162). Le point de départ de cette mesure sera mentionné sur le procès-verbal d'audition de la personne retenue. La durée de ces différentes auditions figurera aussi au procès-verbal. La personne gardée à vue devra émarger ces différents procès-verbaux.

A l'expiration du délai de 24 heures (ou 48 heures), la personne gardée à vue sera conduite devant le procureur de la République, dans l'hypothèse où le renouvellement du délai serait nécessaire (163). Après avoir entendu la personne qui lui est amenée, le procureur pourra autoriser par écrit le renouvellement du précédent délai. De cette manière, il ne sera pas possible de couvrir une illégalité en invoquant une prétendue autorisation verbale. Pour éviter que les opérations de police soient interrompues par des circonstances particulières,

(161 *bis*) Voir BOUTET, « La garde à vue », Rec. Droit Pénal, 1958, p. 45.

(162) En matière de sûreté de l'Etat, ce délai est en principe de 48 heures (article 16 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963). Le ministère public peut autoriser par écrit un délai de 5 jours. Voir en outre l'article 48, 1°, de la même loi.

(163) Nous n'examinerons pas la question de savoir si le délai de transmission au procureur de la République doit ou non être compté dans le délai de 24 heures (cf. l'ouvrage de M. LAMBERT). En ce qui concerne le problème de la rétroactivité de la garde à vue au moment de la première audition, voir VOUIN-ARPAILLANCE et BESSON, article 64, note 1.

l'article 77 al. 4 C.P.P. permet une dérogation : à titre exceptionnel, l'autorisation de prolongation pourra être accordée sans que la personne soit conduite devant le procureur. Dans cette hypothèse, la décision devra être motivée (164). L'article C. 138 essaie de préciser la portée de cette dérogation afin qu'elle ne devienne pas la règle.

Les différentes formalités prévues pour l'exécution de la garde à vue ont pour objet de permettre aux autorités judiciaires d'avoir une connaissance du déroulement de l'enquête. Ces autorités seront à même d'apprécier la valeur des déclarations obtenues. En même temps, ce formalisme essaie de redonner confiance dans les méthodes utilisées par les services de police. Dans ce dessein, l'article 64 al. 4 autorise le procureur de la République à ordonner un examen médical de la personne gardée à vue. Cette faculté devient un droit au bénéfice de la personne retenue dans l'hypothèse du renouvellement de la garde à vue. Il conviendra que cette personne soit avertie de ce droit (165).

Le caractère souple de l'enquête préliminaire est mis en échec partiellement par l'apparition du formalisme pour certains actes. Cela amène à se demander si la loi n'a pas interdit l'accomplissement de certains actes.

b) L'interdiction de certains actes.

315. — L'interdiction de certains actes provient du caractère de l'enquête préliminaire. Sa fonction est de procéder à des recherches et non d'épuiser la préparation de la procédure de jugement. Deux actes paraissent interdits au cours de l'enquête préliminaire : l'interrogatoire et l'expertise.

En matière d'instruction préparatoire, le juge d'instruction ne peut pas décerner une commission rogatoire à un officier de police judiciaire en vue de l'accomplissement d'un interrogatoire (art. 152 al. 2 C.P.P.). Dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'officier de police judiciaire peut entendre tout témoin, ou toute personne pouvant lui fournir des indices. Ainsi sera-t-il possible d'entendre un suspect, afin de connaître son rôle exact dans la commission ou l'exécution de l'acte délictueux. Si l'officier de police judiciaire parvient à la conviction de la culpabilité de cette personne, peut-il encore procéder à son audition ?

Dans le cadre de l'information judiciaire, ouverte même contre inconnu, l'audition de cette personne en qualité de témoin serait irrégulière, puisqu'il existe à son égard des indices graves et concordants de culpabilité. L'article 105, plusieurs fois modifié, s'oppose à cette

(164) On peut se demander de quelle manière cette décision sera connue de l'officier de police judiciaire, car ce document doit être en possession de l'officier qui procède à la garde à vue.

(165) En ce sens, VOUIN-ARPAILLANCE-BESSON, article 64, note 5. Voir en outre la nouvelle rédaction de l'article 77 al. 3 C.P.P., due à la loi 63-22 du 15 janvier 1963.

audition si, du moins, le magistrat a eu le dessein de faire échec aux droits de la défense.

En matière d'enquête préliminaire, aucun texte n'interdit à l'officier de police judiciaire de continuer l'audition de ce témoin. M. Salingardes (166) estime, notamment, que le suspect peut être entendu.

Pour notre part, nous estimons cette opinion exagérée, car il est choquant qu'un simple agent de police judiciaire puisse entendre comme témoin une personne dont la culpabilité est certaine, alors que ce même acte serait interdit après l'ouverture de l'instruction. Il serait facile de tourner la disposition légale (167).

Toutefois, pour ne pas annuler des actes effectués à la suite d'aveux spontanés, il semble qu'une place doit être faite au consentement de l'intéressé. Ce faisant, la personne suspecte entend, en quelque sorte, renoncer à la nullité éventuelle qui résulterait de l'application de l'article 105 C.P.P. Ce consentement doit être donné en connaissance de cause, c'est-à-dire que la personne suspecte devra savoir que ses déclarations font peser sur elle une inculpation possible de tel chef (168). Dans l'hypothèse du refus du consentement, l'officier de police judiciaire a la possibilité de garder à vue la personne en attendant qu'une information judiciaire ait été ouverte. C'est un magistrat qui procèdera, alors, à l'interrogatoire régulier de cette personne.

Il sera aussi nécessaire d'ouvrir une instruction pour faire procéder à une opération d'expertise.

316. — L'expertise est régie dans le Code de procédure pénale à propos de l'instruction menée par le juge d'instruction. Pour cette raison, purement formelle, il est possible, déjà, d'affirmer qu'aucune expertise ne puisse être conduite au cours de l'enquête préliminaire. C'est aussi en raison de l'importance de cet acte, qu'il ne peut être accompli à ce stade des recherches. L'expertise a trait souvent au fond de l'affaire et porte sur l'examen scrupuleux des objets. Quand une expertise est mal conduite, il sera difficile, voire impossible, de la recommencer, car les documents peuvent être détériorés. De plus, la durée et le coût de ces actes n'autorisent pas la police judiciaire à les solliciter.

Pour M. Salingardes (169), cette solution est justifiée par l'incompatibilité existant entre l'ouverture d'une expertise et le secret de l'enquête. En réalité, cet argument est assez faible, car l'article 11 C.P.P. établit à la fois le secret de l'enquête et le secret de l'instruction. Il nous paraît plus juste de dire que l'interdiction provient

(166) SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 54.

(167) Voir, toutefois, en ce sens Crim., 17-6-1964, Bull. Crim., 1964, n° 204, p. 440. De même, Crim., 27-7-1964, Bull. Crim., 1964, n° 252, p. 539 ; J.C.P. 1964. II.13941, note Le Clère.

(168) Mais le juge d'instruction ne pourrait prescrire une pareille irrégularité : ainsi, Douai, 6-12-1960 ; J.C.P. 1961.II.12134.

(169) Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 66 et 67.

de la gravité de l'expertise. Par ailleurs, dans le cadre de l'enquête du flagrant délit, l'article 60 C.P.P. autorise l'ouverture de constatations par des personnes qualifiées. Ces constatations sont, en fait, de véritables expertises ; la personne chargée d'une telle mission devant prêter serment. Il n'en est pas de même pour l'enquête préliminaire où aucun texte n'ouvre une telle éventualité.

Dans certains cas, la loi a organisé des procédures proches d'une expertise qu'elle a confiées à la police judiciaire. Ainsi, le décret du 22 janvier 1919 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes a organisé le prélèvement d'échantillons et l'analyse de ces échantillons (art. 10 et 11). Au vu de ces documents, et d'une éventuelle enquête préalable, le procureur de la République décidera de la suite à donner à l'affaire (art. 24 du décret).

De manière plus générale, la loi du 15 avril 1954, intégrée par décret au Code des débits de boissons (art. L. 88 et ss.), a chargé la police judiciaire de prescrire une expertise sanguine, en cas de crime, délit ou accident de la circulation, chaque fois qu'il semblera que ce fait aura été commis ou causé sous l'empire d'un état alcoolique (170). Ce texte, toutefois, ne saurait autoriser la police judiciaire à intervenir préventivement avant tout accident ou toute infraction (171). L'urgence des constatations a amené le législateur à confier cette mission à la police judiciaire. Si le prélèvement sanguin était effectué à un moment trop éloigné du fait considéré, le taux d'alcool dans le sang aurait été modifié. Aussi l'enquêteur est-il chargé de désigner un médecin pour effectuer les prises de sang (art. R. 20 du Code des débits de boissons). Telle qu'elle était conçue dans la loi de 1954, cette expertise relevait bien de l'enquête préliminaire puisqu'il était nécessaire d'obtenir le consentement des personnes intéressées. L'ordonnance du 7 janvier 1959 a rendu cet acte obligatoire en édictant une peine à l'égard des personnes qui auront refusé de se soumettre aux vérifications prescrites par l'article L. 88 (art. L. 89 nouveau).

En réalité, ce caractère obligatoire ne peut véritablement choquer, car dans cette hypothèse, l'officier ou l'agent de police judiciaire est en présence d'une infraction flagrante, où des pouvoirs plus larges leur sont accordés.

En toute autre hypothèse, non réglementée par un texte particulier, la police judiciaire a tout de même la possibilité de procéder à certaines vérifications par l'intermédiaire de ses services spécialisés (identité judiciaire, services de police technique ou de police scientifique). Mais ces examens ne pourront jamais valoir expertises.

Après avoir ainsi procédé à l'étude détaillée de l'enquête préliminaire, il est possible de rechercher la nature juridique des actes de la police judiciaire.

(170) SALINGARDES, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 75-78, n° 69.

(171) En ce sens, Crim., 29-6-1961, B. 314 ; D. 1961.537 ; J.A.D. chron. ; S. 1961, p. 41, col. 1. *Contra* : E. BLOCH, J.C.P. 1961.I.1622 bis. Voir aussi LARGUIER, « L'alcool, la police et le sang » ; D. 1962, chron. p. 9.

§ 2. — La nature juridique des actes de la police judiciaire.

317. — Pour nous aider dans cette recherche de la nature juridique des actes de la police judiciaire, nous nous servirons de la jurisprudence de la Cour de cassation déjà rendue depuis la promulgation du Code de procédure pénale. La première impression qui apparaît à l'examen de cette jurisprudence manifeste la continuité des solutions adoptées à propos des enquêtes officieuses.

Ainsi, après l'arrêt du 10 novembre 1959 (172), plusieurs arrêts rappellent que les procès-verbaux réunis au cours d'une enquête de police doivent être appréciés par la juridiction de jugement. Le 4 février 1960 (173), la Cour de cassation affirme qu'aucune nullité ne peut être encourue si une juridiction tient compte de tels documents du moment que les parties ont pu les discuter librement. Et le 12 mai 1960 (174), la chambre criminelle estime que les procès-verbaux de quelque autorité qu'ils émanent ne font jamais foi jusqu'à preuve contraire et ne valent qu'à titre de renseignements.

Par ailleurs, le caractère souple de la procédure est affirmé. D'un arrêt du 24 février 1960 (175), il résulte qu'en matière de perquisition, visite domiciliaire ou saisie, en cours d'enquête préliminaire, seul l'assentiment exprès de la personne chez laquelle se déroule l'opération est requis. Le formalisme doit être interprété de manière stricte « l'audition des témoins n'est soumise à aucune autre restriction que celles formulées dans l'article 77 relatif à la garde à vue ». Tel est aussi le sens d'un arrêt du 16 février 1961 (176) écartant l'application des articles 102 et 121 C.P.P. en matière d'enquête préliminaire.

318. — Mais c'est surtout dans le domaine de la garde à vue que s'est manifestée la souplesse de la procédure. Antérieurement à l'application du Code procédure pénale, la Cour de cassation avait paru prohiber la garde à vue, qui, il est vrai, était illégale et portait atteinte à la liberté individuelle. Un arrêt du 22 juillet 1959 (177) avait censuré une chambre d'accusation admettant comme excuses à une garde à vue l'intérêt de l'enquête et l'application de dispositions consacrées par l'usage. Il était raisonnable de penser que la Cour de cassation interpréterait restrictivement les textes sur la garde à vue, qui

(172) Crim., 10-11-1959, B. 475.

(173) Crim., 4-2-1960, B. 68.

(174) Crim., 12-5-1960, B. 260. Voir dans le sens de la libre discussion par les parties : Crim., 7-3-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 121 ; Crim., 27-6-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 239, p. 503. De même, Civ. (2) 20 février 1963 ; G.P. 1963, som. du 17 au 20 août 1963.

(175) Crim., 24-2-1960, B. 111.

(176) Crim., 16-2-1961, B. 104. Voir aussi Civ. (2) 2-11-1962 ; J.C.P. 1962. IV.157 qui écarte les règles de l'enquête civile pour les enquêtes officieuses.

(177) Crim., 22-7-1959, B. 366.

constituent des mesures attentatoires à la liberté individuelle. Mais par quatre arrêts, la Cour de cassation a dissipé ces espérances.

Le 15 octobre 1959 et le 29 octobre 1959 (178), la Cour de cassation refuse d'exercer son contrôle sur des procédures de garde à vue en estimant que les irrégularités constituent un mélange de droit et de fait. Dans ces conditions, il est nécessaire de proposer ces irrégularités devant les juges du fait.

C'est principalement l'arrêt du 17 mars 1960 (179) qui a ému, à juste titre, l'opinion des criminalistes libéraux. Bien qu'il ait été possible à la chambre criminelle d'adopter une solution d'espèce, il est affirmé sans équivoque que les articles 63 et 64 C.P.P. relatifs à la garde à vue ne sont pas prescrits à peine de nullité. Par ailleurs, il ne serait pas possible d'invoquer les articles 170 et 174 relatifs à la violation des droits de la défense, car ces articles visent uniquement les juridictions d'instruction et de jugement, à l'exclusion des enquêtes préliminaires.

Toutefois, pour éviter que de trop grandes irrégularités ne se produisent dans les procédures de garde à vue, la Cour de cassation a rappelé que les officiers de police judiciaire peuvent engager leur responsabilité personnelle, même au regard de la loi pénale (180). Ainsi la nullité des actes de procédure sera encourue uniquement quand il sera démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en seront trouvés viciés fondamentalement.

Cette prise de position devait être confirmée par un arrêt du 27 décembre 1960 (181). Ces deux arrêts ne semblent pas confirmer les vues des auteurs du Code de procédure pénale qui estimaient qu'un nouveau pas en avant était fait sur le chemin du libéralisme (182).

Cependant, ces arrêts ne sont pas sans évoquer l'attitude de la Cour de cassation en matière de détention préventive, où un arrêt du 4 mai 1961 (183) a décidé que les irrégularités relatives au maintien en détention de l'inculpé n'affectaient pas la procédure d'instruction

(178) Crim., 15-10-1959, B. 435 et Crim., 29-10-1959, B. 457.

(179) Crim., 17-3-1960, B. 156 ; J.C.P. 1960.II.641, note Chambon. Dans cette affaire, la Cour de cassation reconnaît la régularité des actes et il lui était loisible de ne pas poser de principe.

(180) Il n'est d'ailleurs pas précisé à quelles conditions cette responsabilité peut être mise en cause. Faudra-t-il, comme par le passé, recourir à la prise à partie ou bien une procédure plus souple sera-t-elle admise ? A l'occasion du C.P.P., il aurait été utile d'envisager une procédure relativement simple, garantissant les citoyens contre les excès éventuels des services de police.

(181) Crim., 27-12-1960, B. 622. Voir aussi Crim., 10-5-1961 (B. 246) estimant que les mesures d'internement administratif ne peuvent être confondues avec la garde à vue. Voir toutefois, en réaction contre cette jurisprudence, DOUAL, 12-12-1962 ; G.P. 1963.I.407.

(182) Nous nous permettons d'associer notre scepticisme au doute de MM. STÉFANI et LEVASSEUR (*op. cit.*, n° 91).

(183) Crim., 4-5-1961, B. 237. De même, Crim., 4-6-1964 ; J.C.P. 1964.II.13806, rapport COMTE.

proprement dite. Ainsi la détention, l'atteinte à la liberté individuelle, ne peut avoir de conséquence sur la procédure proprement dite. La chambre criminelle manifeste son aspect répressif dans ces décisions, aspect que nous avons déjà relevé dans la jurisprudence antérieure au C.P.P.

Ces arrêts relatifs à la garde à vue témoignent aussi de la grande souplesse de l'enquête préliminaire. Cette enquête simple ne doit pas se trouver entravée par un formalisme trop minutieux, sinon les intérêts de la Société ne seraient pas sauvegardés.

319. — Dans ces conditions, nous sommes à même de tenter de trancher la question de la nature des actes de la police judiciaire. S'agit-il d'une catégorie nouvelle ? Certains l'estiment, encore qu'ils tendent à la rattacher à celle des actes d'instruction (184).

A notre avis, l'appellation d'actes de police judiciaire ne fait que suggérer l'auteur de l'acte sans conférer à ces actes une nature particulière.

Pour mener notre raisonnement, nous partirons de la jurisprudence relative à l'interruption de la prescription, qui n'a pas été désapprouvée par l'introduction du Code de procédure pénale (185).

Souvent, il est affirmé que les actes de la police judiciaire doivent être assimilés aux actes d'instruction. Or, il nous semble que cette opinion soit exagérée. Aussi, nous nous attacherons à montrer que, si les actes de police judiciaire ne peuvent constituer des actes d'instruction, ils n'en sont pas moins des actes de poursuite.

A. — LES ACTES DE POLICE JUDICIAIRE NE PEUVENT CONSTITUER DES ACTES D'INSTRUCTION.

320. — Dès un arrêt du 19 avril 1855 (186), la Cour de cassation estimait que les actes dressés à la requête du procureur de la République ne pouvaient valoir « actes d'instruction » car, en l'espèce, le pouvoir d'instruire appartenait au président de la cour d'assises. Cette position a été constamment renouvelée au cours de la deuxième phase de la jurisprudence exposée précédemment, où la Cour de cassation considère ces documents comme de simples renseignements (187).

Cependant, en même temps, la chambre criminelle reconnaissait aux actes de la police judiciaire l'effet interruptif de la prescription

(184) Ainsi STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 124 ; STEFANI, « L'acte d'Instruction, Mélanges Hugueney », p. 135.

(185) Voir à cet égard, Crim., 7-3-1961, B. 142, ; Crim., 3-12-1963, J.C.P. 1964.IV, p. 6.

(186) Crim., 19-4-1855, B. 130 ; D.P. 1855.I.269. Voir aussi Crim., 16-7-1892, B. 211 ; D.P. 1893.I.43.

(187) Voir *supra* n° 289 et ss. et, dans cette ligne, Crim., 10-11-1959, B. 475 ; Crim., 4-2-1960, B. 68 et Crim., 12-4-1960, B. 260.

(surtout à partir de 1937-1938). M. Hugueney (188) a fort bien montré que les différentes distinctions élaborées par la doctrine pour écarter la théorie de l'assimilation adoptée par la jurisprudence se trouvaient vaines. « Entre le procès-verbal et le simple rapport de gendarmerie, l'une après l'autre, les barrières craquent. Les rapports — même qualifiés de renseignements — passent au rang de procès-verbal. Et le procureur de la République, par l'intermédiaire des gendarmes, a la faculté d'interrompre la prescription quand il lui plaît. »

Le Code de procédure pénale, pas plus que le Code d'instruction criminelle, ne mentionne l'effet interruptif de ces actes (le projet de Donnedieu de Vabres reconnaissait l'effet interruptif aux actes de recherches, art. 6 al. 3). Si cet effet est reconnu, cela ne peut être en qualité d'actes d'instruction, pour des raisons se référant tant aux personnes qu'aux actes.

1. — *Motifs tenant aux personnes.*

321. — Dans la législation napoléonienne, le juge d'instruction ne jouissait pas d'une véritable indépendance (189). Nommé par le gouvernement et révocable *ad nutum*, ce magistrat subissait fortement l'emprise du procureur de la République. Quand plusieurs juges étaient affectés à l'instruction, le ministère public s'était attribué le droit de choisir le magistrat auquel serait confiée une affaire. Désormais, il n'en est plus ainsi : le président du tribunal répartit les dossiers entre les différents juges d'instruction (art. 80 C.P.P.).

D'autre part, le juge d'instruction était officier de police judiciaire, au même titre que le procureur de la République. En cette qualité, il dépendait de la surveillance du procureur général (art. 57 et 279 C.I.C.). Désormais, la surveillance des cabinets d'instruction relève des attributions du président de la chambre d'accusation, magistrat du siège.

A côté de ces manifestations juridiques de la dépendance du juge d'instruction, surgissaient des considérations de fait. Le procureur de la République est un des deux chefs de la juridiction. Le juge d'instruction, souvent, est un jeune magistrat manquant d'expérience qui ne peut résister aux sollicitations d'un des chefs de la juridiction à laquelle il appartient. Par cet aspect, le juge d'instruction apparaissait plutôt comme un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur de la République.

Le Code de procédure pénale libère juridiquement le juge d'instruction de toute soumission préjudiciable à la manifestation de la

(188) HUGUENEY, note S. 1938.I.233 (commentaire des arrêts du 15-4-1937 et du 11-2-1938). Toutefois, un simple soit-transmis adressé par le parquet à la gendarmerie constitue une mesure d'ordre intérieur et ne peut être un acte de poursuite interruptif de la prescription : Montargis, 25-11-1959 ; G.P. 1960.I., Tables V° Procédure criminelle, n° 8.

(189) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 302, 303.

vérité. Parallèlement, l'inféodation de la police judiciaire aux organes de justice est mieux réalisée. L'article 12 du Code de procédure pénale charge le procureur de la République de la direction de la police judiciaire, placée aussi sous la surveillance du procureur général (art. 13 C.P.P.).

Ainsi, les membres de la police judiciaire agissent, en définitive, pour le ministère public, lequel possède des attributions et des fonctions différentes de celles confiées au juge d'instruction. Mais en plus de l'absence de garanties personnelles, les actes de la police judiciaire souffrent de l'absence de forme.

2. — *Motifs tenant aux actes.*

322. — Nous avons montré que les textes relatifs aux actes de l'enquête préliminaire instituaient une procédure non ritualiste. Ceci se manifeste tant dans les formes à observer lors de la rédaction des actes que dans l'absence d'un régime de nullité des actes.

Les formes des actes de l'enquête préliminaire sont fort peu nombreuses. La Cour de cassation, aussi, a veillé à ne pas ajouter à la loi. Les déclarations émanées des particuliers sont limitées uniquement par les règles relatives à la garde à vue (190). D'autre part, il ne saurait être question de transposer dans le domaine de l'enquête préliminaire certaines formalités réglementées pour l'instruction (191).

Puisque aucune forme n'est réglementée, il ne peut exister de régime relatif à la nullité des actes. Cette question convient, toutefois, d'être posée à propos des actes pour lesquels la loi a institué des formes particulières.

En matière de perquisitions, l'assentiment de l'intéressé est nécessaire. Chaque fois que l'assentiment ne sera pas joint au procès-verbal, ce dernier document ne pourra servir de base à une poursuite ultérieure. Il est probable qu'en ce domaine, la Cour de cassation adoptera des solutions identiques à celles rendues sur le fondement de la libre participation des citoyens à l'enquête (192).

Toutefois, en matière de garde à vue, la jurisprudence n'a pas révélé une attitude aussi ferme. Après avoir montré que les irrégularités relatives à la garde à vue ne pouvaient être soumises pour la première fois à la Cour de cassation (193), deux arrêts du 17 mars et du 27 décembre 1960 (194) affirment que les règles concernant la

(190) Crim., 24-2-1960, B. 111 ; Crim., 17 juin 1964, Bull. Crim., 1964, n° 204, p. 440.

(191) Crim., 16-2-1961, B. 104. De même pour l'application de l'article 105 C.P.P. : Crim., 27-7-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 252, p. 539 ; J.C.P. 1964.II. 13941.

(192) Voir *supra*, n° 293 et ss. De même Aix, 3-5-1961 : Rec. Droit pénal, 1961, p. 179, à propos d'une perquisition.

(193) Crim., 15-10-1959, B. 435 et 22-10-1959, B. 457.

(194) Crim., 17-3-1960, B. 156 ; J.C.P. 1960.II.11641 et Crim., 27-12-1960, B. 622. Voir toutefois, en sens contraire, Douai, 12-12-1962 ; G.P. 1963.I.407.

garde à vue ne sont pas prescrites à peine de nullité. C'est uniquement dans la mesure où la recherche et l'établissement de la vérité s'en seraient trouvés viciés fondamentalement que les irrégularités de la garde à vue entraîneront la nullité de la procédure.

Par ailleurs, la garde à vue est restreinte uniquement au domaine de l'enquête préliminaire, en ce sens que toute autre mesure restreignant la liberté individuelle ne peut y être assimilée : ainsi en est-il pour un internement administratif ou une mesure d'assignation à résidence. La Chambre criminelle a eu l'occasion d'apporter cette précision par un arrêt du 10 mai 1961 (195).

323. — Ainsi aucun motif ne peut justifier une assimilation. Deux arrêts rendus antérieurement au Code de procédure pénale témoignent de ce refus.

Par un arrêt du 27 juin 1929 (196), la Cour de cassation a cassé un arrêt parce qu'il lui avait été impossible de départager parmi les déclarations versées aux débats celles qui avaient été retenues par les juges de la cour d'appel. Or, parmi ces déclarations, certaines avaient été faites devant le juge d'instruction, tandis que d'autres provenaient d'une enquête menée par la gendarmerie. La solution de la chambre criminelle atteste que les enquêtes policières ne peuvent avoir la même objectivité que les actes du juge d'instruction.

Par ailleurs, les actes de l'enquête préalable ne peuvent tenir lieu d'actes d'instruction. Quand un juge est saisi d'une constitution de partie civile, il est tenu de mener une enquête à moins que, d'ores et déjà, il soit démontré qu'aucune poursuite ne puisse être menée (art. 86 al 3 C.P.P.). Le juge d'instruction ne pourrait pas refuser d'informer au motif que des enquêtes officieuses avaient démontré l'inanité de la plainte. Tel était le cas dans l'affaire du 23 mars 1954 (197). Saisi par une partie civile, le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu à informer au vu du dossier constitué par la police judiciaire. La chambre d'accusation confirma la décision du juge d'instruction mais la Cour de cassation censura cet arrêt. En l'espèce, en effet, le juge n'avait procédé à aucun acte d'information, et il s'était borné à se référer à des documents réunis par la police judiciaire. C'est précisément parce que ces actes ne sont pas assortis des mêmes garanties que la Cour de cassation refuse de les admettre au rang d'actes d'instruction.

(195) Crim., 10-5-1961, B. 246. En l'espèce, un individu interné administrativement avait été interrogé par des gendarmes, à la suite de quoi, il avait été conduit devant le juge d'instruction. On sait qu'ont existé de nombreuses mesures administratives limitant les libertés individuelles (ord. du 7-10-1958 — étendue par décision présidentielle du 4-5-1961). Voir de même Crim., 8-5-1963 ; Rec. Droit pénal, 1963, p. 229 ; G.P. 1963.II.137 ; Civ (2), 20-7-1962 ; Rec. Droit pénal, 1963, p. 284.

(196) Crim., 27-6-1929, B. 183.

(197) Crim., 23-3-1954, B. 114.

Cependant, en matière d'interruption de la prescription, la jurisprudence les assimile à des actes d'instruction, nous fera-t-on observer. En réalité, jamais la chambre criminelle n'a indiqué expressément, même en cette matière, qu'il s'agissait d'actes d'instruction. Elle affirme seulement que tel ou tel acte doit être considéré comme « un acte d'instruction ou de poursuite au sens des articles 637 et 638 C.I.C. (art. 7 à 9 C.P.P.) » (198). Un doute plane toujours sur la véritable nature des actes de police judiciaire, et s'ils ne peuvent être admis comme des actes d'instruction, du moins sont-ils des actes de poursuite.

B. — LES ACTES DE LA POLICE JUDICIAIRE SONT DES ACTES DE POURSUITE.

324. — Seule cette qualification subsiste pour admettre l'effet interruptif aux actes menés par la police judiciaire. Nous noterons que la pratique a accepté cette qualification, et surtout que la jurisprudence la plus récente semble opter pour cette solution.

1. — *La pratique.*

Quand un particulier subit un préjudice résultant d'une infraction à la loi pénale, il porte plainte. Normalement, ces plaintes doivent être déposées au Parquet, à moins que la victime ne veuille directement mettre en marche la justice répressive en se constituant partie civile (art. 85 C.P.P.) ou en citant directement le prévenu en matière contraventionnelle ou correctionnelle. Or, très souvent, ces plaintes ne sont pas déposées au Parquet mais aux différents services de police judiciaire. Ceux-ci mènent alors des enquêtes en vue de vérifier le bien-fondé des allégations. Ce faisant, ils n'agissent pas pour le compte de la partie lésée ni pour obtenir toute la vérité, mais uniquement pour faciliter la tâche du ministère public, organe de poursuite.

Cette pratique qui consiste à s'adresser aux services locaux de la police judiciaire peut trouver un développement dans le fait que la réforme judiciaire de 1958, en regroupant les tribunaux en principe au chef-lieu du département, a éloigné la justice des justiciables.

D'autre part, si la plainte est adressée directement au procureur de la République, ce magistrat ne prendra une décision qu'au vu de certains documents afin de s'assurer de l'opportunité de son action (199). Avant toute poursuite judiciaire, des renseignements auront été fournis par la police judiciaire.

(198) Ainsi Crim., 15-4-1937 et Crim., 11-2-1938 ; S. 1938.I.233, note Hugueney. De même, trib. de Châteauroux, 28-2-1951 ; J.C.P. 1952.II.6680. De même Crim., 3-12-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 344, p. 727.

(199) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 401 et ss. ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 972.

Ces actes préparatoires, préliminaires à un acte de poursuite incontesté (soit le réquisitoire introductif, soit la citation directe) doivent participer de la nature de cet acte. La décision du procureur de la République repose tellement sur ces documents qu'en leur absence il ne pourrait exercer ses fonctions.

325. — Comme il n'existe aucun motif de distinguer selon que la police judiciaire agit d'office ou d'ordre du procureur, il faut reconnaître la qualité d'actes de poursuite aux actes de la police judiciaire.

La Cour de cassation a, d'ailleurs, noté cet aspect de la jonction existant entre le réquisitoire introductif et les actes de l'enquête préalable, dans un arrêt du 6 juillet 1955 (200). La chambre criminelle a annulé une instruction ouverte et poursuivie sans qu'aient été joints au réquisitoire introductif les procès-verbaux d'audition et de perquisition sur lesquels reposait la poursuite. Les actes de l'enquête préliminaire participent tellement à ceux du ministère public qu'ils doivent y être annexés.

Cet arrêt n'est pas sans évoquer la jurisprudence estimant que la jonction de pièces au réquisitoire introductif équivaut à leur analyse. Ce n'est pas une faculté pour le ministère public de joindre les documents de l'enquête préliminaire, mais une obligation.

L'acte de police, acte de recherche, aboutit à une constatation ; mais du fait même de l'inféodation de la police judiciaire au ministère public (art. 12, art. 19, art. D. 1 à D. 15 C.P.P.), cet acte doit être considéré comme un acte de poursuite. C'est, d'ailleurs, aussi ce que révèle la jurisprudence la plus récente.

2. — La jurisprudence.

326. — Lorsque les auteurs pensent à l'acte de poursuite, ils envisagent principalement l'acte de mise en mouvement de l'action publique (201), émanant du ministère public ou de la victime. Pour la jurisprudence, cette notion d'acte de poursuite est beaucoup plus large.

Déjà, un arrêt du 29 mars 1856 (202) rendu en matière de délits ruraux, affirme que, par acte de poursuite, il faut entendre tout acte fait en justice par les personnes que la loi autorise et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur. Par ailleurs, sont assimilés à des actes de poursuite tous les jugements ou arrêts, définitifs ou non, et même les décisions de remise de cause rendues contradictoirement (203).

(200) Crim., 6-7-1955, B. 339.

(201) En ce sens, STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 123.

(202) Crim., 29-3-1856 ; D.P. 1856.I.269.

(203) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 123. Ency. Dalloz, V° Prescription, par STEFANI et LARGUIER, n° 59 et 60 ; Crim., 31-5-1949 ; D. 1949.65 ; Crim., 1-12-1949 ; D. 1950.23 ; S. 1952.I.161, note Meurisse ; J.C.P. 1950.II.5363, note Colombini ; Crim., 9-11-1950 ; D. 1950.756. Voir aussi, Crim., 31-1-1963 ; Bull.

De toute cette jurisprudence, aussi variée qu'abondante, se dégage une même notion de l'acte de poursuite : c'est tout acte de procédure ayant une incidence sur le procès pénal, sur la répression possible d'une infraction. Cet acte de procédure témoigne que la Société ne s'est pas désintéressée de l'infraction, qu'elle n'a pas oublié le trouble apporté puisque des organes ont été chargés d'examiner cette affaire.

Dans cette perspective, l'acte effectué préalablement à l'ouverture du procès pénal manifeste que l'on n'a pas perdu la trace de l'infraction puisqu'on en recherche l'auteur en vue de le livrer aux tribunaux répressifs.

Cette thèse est, d'ailleurs, si vraisemblable qu'un arrêt de la chambre criminelle a pu affirmer que la prescription était interrompue « par tout acte d'instruction ou de recherche », ce qui atteste l'assimilation de l'acte de police à l'acte de poursuite (204). Mais, surtout, plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation viennent renforcer notre conviction.

327. — Le 31 mars 1960 (205), en matière de délits prévus par la législation sur la presse, la chambre criminelle affirme que : « on ne saurait reconnaître le caractère d'un acte de poursuite ni à des procès-verbaux de police ayant uniquement pour objet de recueillir des renseignements sur des faits dénoncés dans une plainte à laquelle il n'a pas été donné suite par le Parquet, ni à un procès-verbal de police purement administratif, donnant avis à un plaignant que le procureur de la République ne poursuivait pas directement et lui laissait le soin de se constituer partie civile ». Si la Cour de cassation s'en était tenue à ce motif, notre interprétation serait condamnée. Avec M. Larguier, nous pourrions nous demander si le principe de l'assimilation des actes de police judiciaire aux actes interruptifs ne se trouvait pas remis en cause.

Mais, tout aussitôt, la Cour explique pour quelle raison ces différents actes ne peuvent interrompre la prescription : « en effet, ces divers procès-verbaux ne remplissent pas les conditions imposées par les articles 50 et 53 de la loi du 29-7-1881, aux termes desquels le premier acte de poursuite qui seul peut interrompre la prescription doit articuler et qualifier les faits incriminés et indiquer les textes de loi applicables ».

Ainsi, il s'agit d'une raison d'espèce, car dans l'hypothèse d'une infraction à la législation de la presse le réquisitoire du ministère public doit comporter ces mentions, à peine de nullité de la procédure. S'il avait été statué sur une affaire de droit commun, l'interruption de la prescription aurait été reconnue. Or, il est significatif

Crim., 1963, n° 62, p. 125 ; Civ. (2) 27-5-1963 ; Bull. Civ., 1963.II, n° 386, p. 289 ; G.P. 1963.II.317 ; Civ. (soc.) 14-11-1962 ; Bull. Civ. 1962.IV, n° 810, p. 673.

(204) Crim., 4-12-1952, B. 294.

(205) Crim., 31-3-1960, B. 194 ; J.C.P. 1960.II.11636, note Larguier. Voir aussi, Paris, 18-3-1959 ; J.C.P. 1959.II.11230, note Larguier. Voir aussi pour un simple rapport de police, non établi dans les formes légales : Crim., 6-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.19.

de constater que la chambre criminelle parle « d'acte de poursuite » et non pas d'acte d'instruction à propos de cette enquête préliminaire.

Les actes de la police judiciaire sont assimilés à des actes de poursuite, en sorte que la catégorie des actes d'instruction ne se trouve plus inutilement distendue.

328. — Notre interprétation de l'arrêt du 31 mars 1960 vient, d'ailleurs, d'être confirmée par un arrêt du 7 mars 1961 (206). Le pourvoi soutenait que la prescription n'avait pas été interrompue par des procès-verbaux destinés à rechercher le civilement responsable ainsi que l'adresse du prévenu, car il ne pouvait s'agir de découvrir l'auteur de l'infraction (au sens d'établir sa culpabilité).

La chambre criminelle rejeta cette prétention en décidant que « ces actes nécessaires à la poursuite et établis à la requête de l'autorité compétente, revêtent le caractère d'actes d'instruction ou de poursuite au sens des articles 6 et 7 du Code de procédure pénale ». Ainsi, la Cour de cassation manifeste toujours sa faveur pour l'interruption de la prescription, et surtout nous trouvons employée la formule « actes nécessaires à la poursuite ».

La jurisprudence la plus récente de la chambre criminelle considère les actes de la police judiciaire comme des actes de poursuite. Et il ne nous paraît pas utile d'effectuer une distinction nouvelle entre acte de poursuite judiciaire et acte de poursuite préjudiciaire, car, outre qu'elle ne reposerait sur aucun fondement réel, elle ne permettrait pas de justifier l'unité de régime juridique. Si les actes de l'enquête préliminaire possèdent la qualité d'actes de poursuite, il faut nous demander si cette qualification subsiste dans l'hypothèse du flagrant délit.

SECTION IV

LES PROBLEMES PARTICULIERS POSES PAR LA FLAGRANCE (207)

329. — Le flagrant délit a toujours apporté des dérogations à la procédure normale. Le Code d'instruction criminelle y avait consacré

(206) Crim., 7-3-1961, B. 142. Voir aussi dans le même sens, Crim., 3-12-1963, B. n° 344, p. 727 et, *a contrario*, Crim., 6-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.19.

(207) Bibliographie sommaire. ASSOUD, « Les attributions de la police judiciaire en cas de flagrant délit », Thèse, Paris, 1954. JOUAS, « Le flagrant délit », Thèse, Paris, 1941. RAZAFINDRALAMBO, « Poursuite et information au cas d'infraction flagrante », Thèse, Paris, 1955. Voir aussi CATHERINE, « Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République », Thèse, Paris, 1956. STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n°s 549 à 568. BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, Tome II, n° 1295. GRANIER, « Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance », J.C.P. 1959.I.1520. LANGLOIS, « L'enquête de flagrant délit », J.C.P. 1961.I.1611.

plusieurs articles qui ont été, dans l'ensemble, reproduits dans le Code de procédure pénale. Avant de rechercher la nature des actes accomplis dans ce cadre juridique, il nous faut examiner de quels pouvoirs dispose la police judiciaire. Si, historiquement, c'est à partir des pouvoirs attribués en matière de flagrant délit, que la police judiciaire a étendu ses activités au stade de l'enquête préliminaire, logiquement, actuellement, le flagrant délit apparaît une hypothèse particulière de l'enquête préliminaire (208). Nous envisagerons successivement le cadre juridique de l'enquête de flagrant délit puis la nature des actes effectués.

§ 1. — Le cadre juridique de l'enquête de flagrant délit.

330. — De nombreuses discussions eurent lieu à propos des enquêtes de flagrant délit. Parmi ces diatribes figurait le problème de savoir si les pouvoirs accordés par l'article 32 C.I.C. concernaient toute infraction susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement, ou bien uniquement les crimes flagrants (209). L'argument principal en faveur d'une interprétation restrictive provenait de la rédaction à des époques différentes du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, ainsi que de l'intervention d'une loi spéciale pour les flagrants délits (loi du 20 mai 1863).

En effet, le Code d'instruction criminelle a été rédigé avant le Code pénal, et l'imprécision des articles 35 et 36 en est la conséquence. Les rédacteurs du C.I.C. tenaient à attribuer au procureur de la République des pouvoirs plus étendus pour les infractions les plus graves, en raison de l'urgence des constatations (210). La confirmation pouvait provenir de l'introduction d'une loi particulière en matière de délits flagrants.

La question n'en a pas été résolue d'autant. On a soutenu, en effet, que cette loi spéciale avait pour objet exclusif d'accélérer la procédure préalable et la procédure de jugement des infractions correctionnelles, car elle ne contient aucune disposition relative aux actes d'instruction que peut accomplir le procureur de la République.

La Cour de cassation a toujours estimé que cette procédure était applicable uniquement aux crimes flagrants, mais, pour ne pas entraver l'action de la police judiciaire, ces pouvoirs ont été reconnus chaque fois qu'il y avait apparence de crime (211). De cette manière,

(208) En ce sens GRANIER, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 53 à 73, fasc. I, n° 44. De même, SALINGARDES. Le C.P.P., en revanche, conserve l'attitude historique.

(209) Cf. JOUAS, « Le flagrant délit », p. 44, n° 28.

(210) L'article 32 C.I.C. a retenu la définition prévue pour les crimes. Remarquons — aussi — qu'à l'époque intermédiaire, le terme « délit » n'avait pas de signification particulière (cf. le traité des délits et des peines de BECCARIA).

(211) La solution est reconnue dès un arrêt du 1-9-1831 (B. 200) ; S. 1831. I.353. De même, Limoges, 10-2-1888 ; D. 1889.2.244 ; cf. STEFANI et LEVASSEUR,

on ne saurait reprocher à l'enquêteur de n'avoir pas connu le résultat de ses recherches avant même d'y avoir procédé.

Dans le dessein d'éviter toute discussion relativement à un problème de qualification, le Code de procédure pénale a assimilé les deux hypothèses (Livre I, titre II, chapitre 1^{er}). L'article 67 C.P.P. dispose de manière non équivoque que « les articles 54 à 66 sont applicables au cas de délit flagrant ». Désormais, pour montrer l'assimilation des deux hypothèses, nous parlerons de flagrant délit. Nous nous attacherons à déterminer, d'une part, les conditions de la mise en œuvre des pouvoirs du flagrant délit et, d'autre part, le contenu de ces pouvoirs.

A. — LES CONDITIONS DE LA MISE EN ŒUVRE DES POUVOIRS DU FLAGRANT DÉLIT.

331. — Deux questions peuvent se poser à cet égard : quand y a-t-il flagrant délit et qui peut être chargé de l'enquête ?

1. — *Notion du flagrant délit.*

L'article 53 C.P.P. définit, tout d'abord, dans quelles hypothèses nous sommes en présence d'un flagrant délit (212). Il y a flagrante lorsque l'infraction se commet actuellement ou vient de se commettre, ou « lorsque dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ou est trouvée en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit » (213).

Est assimilée à la flagrante l'hypothèse où le chef de maison requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de constater l'infraction (art. 53 al. 2) (214).

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la jurisprudence avait été amenée à décider que la flagrante était encore réalisée même 24 ou 48 heures après le moment de réalisation de l'infraction. Ainsi un arrêt du 28 juillet 1899 (215) a considéré qu'il y avait procédure de flagrant délit lorsque le juge se transportait le lendemain sur les lieux de commission du crime.

Allant même plus loin, la chambre criminelle a considéré que la flagrante existait encore quand le juge se rend à l'hôpital interroger

op. cit., n° 553. La Cour de cassation n'a jamais admis l'extension des pouvoirs du crime flagrant en cas de délit : ainsi en dernier lieu, Crim., 11-6-1949 ; D. 1949.517.

(212) Ce faisant, le C.P.P. regroupe les diverses solutions éparées dans le C.I.C. (ainsi art. 41, art. 46, etc.).

(213) Cf. BOUZAT-PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1298.

(214) Notons que cette réquisition du chef de maison paraît ressembler à l'autorisation donnée dans le cadre de l'enquête préliminaire pour effectuer une perquisition.

(215) Crim., 28-7-1899 ; S. 1902.I.55.

la victime (216), ou bien se rend au commissariat où se trouve l'auteur d'une infraction qui vient d'être commise (217). Un arrêt du 29 décembre 1910 (218) a même considéré un temps plus long.

Il semble que cette jurisprudence se trouve remise en cause par le texte même du Code de procédure pénale. Le Code d'instruction criminelle parlait d'un temps voisin de l'infraction tandis que le C.P.P. mentionne un temps très voisin de l'infraction. Déjà, un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Douai, en date du 8 septembre 1960 (219), a considéré qu'il n'y avait pas flagrant délit dans l'hypothèse d'une arrestation intervenue le lendemain de l'infraction, en l'absence de toute autre condition (220).

Par ailleurs, pour que les pouvoirs découlant de l'état de flagrance continuent d'être exercés, il ne faut pas qu'il y ait interruption dans la suite des opérations. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 9 septembre 1853 (221).

332. — Une question très délicate se pose pour savoir s'il est nécessaire que l'infraction soit patente pour être flagrante (222). La Cour de cassation, par un arrêt du 29 juillet 1926 (223), n'a pas abordé le problème de front, tolérant ainsi que la flagrance puisse résulter d'une fouille à corps de l'individu.

D'une manière générale, la jurisprudence des juges du fond avait admis que l'on pouvait procéder à une fouille à corps pour déterminer le caractère flagrant d'une infraction (224). Mais la chambre criminelle, par l'arrêt Isnard du 22 janvier 1953 (225) a condamné cette interprétation. En assimilant la fouille corporelle à une perquisition, la Cour de cassation a déclaré qu'il ne pouvait y être procédé qu'une fois l'instruction ouverte. Dès lors, pour être flagrante, l'in-

(216) Arrêt de Crim., 7-1-1932 ; S. 1933.I.358.

(217) Crim., 30-6-1932 ; S. 1933.I.396.

(218) Crim., 29-12-1910, B. 672.

(219) Douai, 8-9-1960 ; J.C.P. 1960.II.11777.

(220) La cour d'appel de Paris se rallie aussi à cette conception restrictive : Paris, 9-12-1963 ; J.C.P. 1964.IV.44.

(221) Crim., 9-9-1853, B. 457 ; D. 1953.5.265 ; Crim., 15-3-1890 ; D. 1892.5.539. De même Douai, 19-4-1899 ; D.P. 1899.2.216 ; Amiens, 26-8-1899 ; France judiciaire, 1899.2.444 ; Paris, 6-2-1931 ; S. 1931.2.155 ; D.H. 1931.197. Dans le même sens, Paris, 9-12-1963 ; J.C.P. 1964.IV.44.

(222) Sur cette question, voir COURTOIS, « Le flagrant délit en matière d'armes prohibées », Gazette des tribunaux, 4-7-1925 ; Nast, note D. 1926.2.49 ; HENRY, Rev. crit. de législation, 1926, p. 400 ; HUGUENEY, « La fouille corporelle sous couvert de flagrant délit », Etudes criminologiques, 1930, p. 201 ; BRAY, « La fouille corporelle », Thèse, Dijon, 1930 ; PEDAMON, « La fouille corporelle », Rev. Sc. crim., 1961, p. 467.

(223) Crim., 29-7-1926 ; S. 1928.I.34.

(224) En ce sens, Paris, 28-7-1925 ; D. 1926.2.49, note Nast ; Nîmes, 18-11-1926 ; D. 1928.2.64 ; Nîmes, 27-2-1930 ; S. 1930.2.80 ; Bordeaux, 22-3-1932 ; Recueil de Bordeaux, 1.230 ; *contra* : Nîmes, 25-10-1928 ; D. 1929.2.46.

(225) Crim., 22-1-1953 ; J.C.P. 1953.II.7456, B. 24 ; S. 1954.I.89 ; D. 1953.533. De même, Aix, 3-5-1961 ; Rec. Droit pénal, 1961, p. 179.

fraction doit être apparente. Telle est d'ailleurs la solution adoptée par le C.P.P., qui, dans son article 53, exige que la personne soupçonnée présente « des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ».

De même, la « possession d'objets », prévue à l'article 53, doit s'entendre d'une possession apparente, à moins que la personne ait été arrêtée pour tout autre motif et ait fait l'objet d'une fouille de sûreté ayant entraîné la découverte de cette infraction. Dans ces conditions, une infraction, pour être flagrante, doit aussi être manifeste.

2. — *Qui peut être chargé de l'enquête ?*

333. — L'article 54 C.P.P. indique que l'enquête est confiée à tout officier de police judiciaire (226). Il était permis de se demander, antérieurement à l'ordonnance du 4 juin 1960, si de simples agents de la police judiciaire pouvaient y participer. Nous estimons, à la différence de la solution adoptée pour l'enquête préliminaire, que l'extension était impossible, car en ce domaine, les pouvoirs accordés sont beaucoup plus importants, permettant l'exercice de la contrainte sur les personnes et sur les biens. L'intervention de l'ordonnance du 4 juin 1960 justifie notre opinion puisque seul l'article 75 C.P.P. a été modifié. Les agents de la police judiciaire pourraient aider les officiers de police judiciaire sans posséder d'attributions propres.

En cela, le Code de procédure pénale ne fait que reproduire la règle du C.I.C. En principe, seul, le procureur de la République disposait de tels pouvoirs, mais l'article 49 C.I.C. en investissait aussi les auxiliaires. Toutefois, si le procureur de la République avait un droit de prévention, la loi n'a pas entendu le contraindre à effectuer lui-même les opérations, aussi l'article 51 C.I.C. lui permettait-il de charger l'officier de police judiciaire déjà sur les lieux de continuer ses opérations. Le juge d'instruction pouvait aussi se rendre sur les lieux et l'article 59 C.I.C. lui attribuait les mêmes pouvoirs qu'au procureur de la République en pareil cas. Si les deux magistrats se trouvaient en même temps sur les lieux, le juge d'instruction prenait la direction des opérations. L'article 61 C.I.C. disposait, en effet, que le juge d'instruction ne pouvait faire aucun acte d'instruction ou de poursuite sans en avoir référé au ministère public, hors le cas de flagrant délit.

Dans cette dernière hypothèse, le juge d'instruction se trouvait réellement indépendant pour mener son enquête (227).

Le Code de procédure pénale reprend l'ensemble de ces dispositions. Le procureur de la République peut se rendre sur les lieux de

(226) VOUIN-BESSON-ARPAILLANGES, *op. cit.*, sous art. 54.

(227) Aussi paradoxal que cela puisse paraître, seule l'hypothèse du flagrant délit réalisait l'indépendance du juge d'instruction, indépendance que le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction ne permettait pas.

l'infraction et y accomplir tous actes attribués à la police judiciaire (art. 68 C.P.P.). Sa venue entraîne le dessaisissement de l'officier de police judiciaire qui dirigeait l'enquête, toutefois, le procureur de la République peut se décharger de l'enquête sur un officier de police judiciaire qui n'est pas nécessairement celui qui a déjà enquêté.

Le procureur de la République peut aussi se rendre sur les lieux parce que l'article 54 al. 1 fait une obligation à l'officier de police judiciaire de le prévenir avant de commencer ses investigations. Le juge d'instruction n'a pas besoin d'être prévenu, toutefois la loi lui permet de venir sur les lieux. Il est probable que le ministère public l'aviserait de son transport, mais le Code de procédure pénale n'établit aucun devoir de renseignement, à la différence du C.I.C. (art. 32 al. 2).

Les deux magistrats ne sont pas tenus de se concerter avant de venir sur les lieux. Cependant, la présence du juge d'instruction entraîne le dessaisissement du procureur de la République (art. 72 al. 1 C.P.P. (228)). Cette situation était admissible sous l'empire du C.I.C., car le juge d'instruction pleinement saisi par l'état de flagrance accomplissait véritablement des actes d'instruction. En d'autres termes, ce magistrat exécutait les actes découlant de son office.

334. — Il n'est plus ainsi actuellement. Le juge d'instruction n'est pas saisi et il ne dispose que des pouvoirs attribués aux officiers de police judiciaire. Tel est le sens de l'alinéa 2 de l'article 72 C.P.P.: « Le juge d'instruction accomplit alors tous actes de police judiciaire prévus au présent chapitre. » Aussi, lorsque le juge d'instruction aura terminé ses investigations, il sera tenu de transmettre les pièces de l'enquête au procureur de la République (art. 72 al. 4 C.P.P.). Ce magistrat demeure maître de l'action de la police judiciaire, même en cas de flagrant délit (art. 12 C.P.P.).

L'indépendance du ministère public est mieux assurée que par le passé : même dans l'hypothèse de l'infraction flagrante, il demeure libre d'apprécier l'opportunité des poursuites. L'information judiciaire n'est pas nécessairement ouverte, par la seule présence du juge d'instruction, et le ministère public pourrait poursuivre directement un délit par la voie de citation directe en se fondant sur l'enquête policière (229).

C'est probablement le souci pratique de ne pas engager des informations inutiles qui a conduit à l'abolition de la saisine d'office du juge en cas de flagrant délit, principe qui avait ses racines dans le

(228) Comme le procureur de la République, le juge d'instruction a la possibilité de se décharger de ses attributions au profit d'un officier de police judiciaire (art. 72 al. 3 C.P.P.). Il ne s'agit pas là d'une commission rogatoire, puisque l'instruction n'est pas ouverte et puisque les actes accomplis sont des actes de police judiciaire. *Contra* : LEFEBVRE, Thèse précitée, pp. 77 et 193.

(229) On pourrait expliquer la saisine d'office du juge, sous le C.I.C., par le fait que ces pouvoirs étaient attribués en cas de crime, hypothèse pour laquelle le juge d'instruction doit toujours procéder à l'instruction.

haut Moyen Age. D'une manière générale, les différentes personnes se trouvant sur les lieux disposent des mêmes pouvoirs prévus aux articles 53 à 74. Toutefois, les magistrats ont des attributions un peu plus grandes. C'est le contenu de ces pouvoirs qu'il nous faut examiner maintenant.

B. — LE CONTENU DES POUVOIRS :
LES ACTES PERMIS AU COURS DE L'ENQUÊTE.

335. — Certains actes sont autorisés en raison de l'urgence pour éviter la déperdition des éléments ; d'autres constituent une extension de la réglementation de l'enquête préliminaire.

1. — *Les mesures relatives à la conservation des traces
et justifiées par l'urgence.*

Ces mesures sont destinées à faciliter le bon déroulement de l'enquête pour permettre une identification rapide de l'auteur de l'infraction. Elles ont trait soit aux lieux, soit aux personnes, soit à l'appréciation urgente d'une constatation.

a) Les lieux.

336. — Pour permettre une recherche utile de tous les éléments en vue de présenter le plus grand nombre de preuves possible devant une juridiction de jugement, il est nécessaire que les lieux de l'infraction soient conservés dans l'état où ils se trouvaient au moment de la commission de l'acte. L'article 54 al. 2 C.P.P. charge l'officier de police judiciaire de veiller à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité, que la disparition provienne naturellement ou du fait d'une quelconque personne.

L'article C. 102 de la circulaire souligne l'intérêt particulier que représente la découverte des traces, d'empreintes, pour la preuve de l'imputabilité de l'infraction. L'officier de police judiciaire est, aussi, invité à « saisir les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre, ainsi que de tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime ». Ce texte — volontairement imprécis — présente quelques cas à l'officier de police judiciaire. Tout objet peut être saisi dès l'instant qu'il possède une relation avec le crime qui vient d'être commis.

Les objets saisis seront présentés aux personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, si elles se trouvent sur les lieux, afin qu'elles les reconnaissent (art. 54 al. 3 C.P.P.). En réalité, cette saisie ne suit pas le formalisme de l'article 56 C.P.P. parce que la conservation des traces de l'infraction est en cause. De plus, les règles de l'article 56 sous-entendent que la saisie est une conséquence de la perquisition. Dans le cadre de l'article 54, aucune recherche n'est effectuée, les

objets du crime sont exposés à la vue du policier et point n'est besoin de perquisition.

En vue de faciliter l'action de la police judiciaire, l'article 55 C.P.P. édicte des sanctions en cas de destructions intervenues sans nécessité. Il est interdit à toute personne non habilitée de modifier l'état des lieux et d'effectuer des prélèvements quelconques avant les opérations de l'enquête judiciaire (230). Si l'officier de police judiciaire est déjà sur les lieux, il aura soin d'éviter l'approche d'un public toujours avide de détails et de renseignements.

En cette hypothèse, l'infraction est une contravention punie d'une amende de 60 F à 360 F. Si l'infraction manifeste l'intention délibérée d'entraver le fonctionnement de la justice, c'est un délit puni d'une amende de 375 F à 6.000 F et d'un emprisonnement de 3 mois à 3 ans. Toutefois, la loi a établi un fait justificatif, lorsque les prélèvements sont effectués en raison des exigences de la sécurité ou de la salubrité publiques, ou par les soins à donner aux victimes (art. 55 al. 2 C.P.P.).

b) Les mesures relatives aux personnes.

337. — En ce qui concerne les personnes, l'article 61 al. 1 permet à l'officier de police judiciaire d'interdire à toute personne, se trouvant sur les lieux, de s'en éloigner jusqu'à la clôture des opérations. De même, les officiers de police judiciaire, et, depuis une ordonnance 61-112 du 2 février 1961, les agents de police judiciaire de la première catégorie (art. 20 C.P.P.) peuvent vérifier ou établir l'identité de toute personne. Cette dernière doit se prêter à toutes les opérations nécessitées par cette mesure (art. 61 al. 2 C.P.P.).

L'alinéa 3 de l'article 61 assortit ces deux obligations d'une peine de 10 jours d'emprisonnement et d'une amende de 360 F. Ainsi, l'officier de police judiciaire pourra mener son travail de vérification et d'identification de l'auteur de l'infraction. L'enquêteur ne doit pas être gêné par la fuite des témoins devant les organes chargés de l'enquête.

L'article 61 reprend l'essentiel des dispositions de l'article 34 C.I.C. Toutefois, le législateur n'a pas reproduit l'alinéa 2 de cet article, instituant une mesure de coercition particulière : la conduite du contrevenant dans une maison d'arrêt (231).

Dans la mesure où les nécessités de l'enquête en démontreront l'utilité, la garde à vue pourra être utilisée à l'égard des personnes

(230) En mentionnant « toute personne non habilitée », il semble que le texte ne vise pas les personnes ayant participé à l'infraction à un titre quelconque (auteur ou complice). Ces dernières pourraient modifier l'état des lieux sans tomber sous le coup d'une nouvelle inculpation.

(231) Il s'agissait là d'une particularité procédurale, puisque, en principe, la détention préventive n'est pas admise en matière de contraventions. Cette exception ne pouvait plus guère se justifier depuis l'élévation de la compétence du juge de police.

retenues sur les lieux. Des problèmes pourront être soulevés pour savoir comment se combineront les deux procédures (232).

è) *L'appréciation urgente d'une constatation.*

338. — L'urgence de certaines constatations autorise l'officier de police judiciaire à recourir à toute personne qualifiée (art. 60 C.P.P.). Cette personne qualifiée n'est pas différente de l'homme de l'art choisi dans le cadre de l'expertise judiciaire. Mais comme la justice n'est pas encore saisie officiellement, cette procédure ne peut être qualifiée formellement d'expertise.

Cependant, avant de commencer ses travaux, la personne requise devra prêter, par écrit, le serment de donner son avis en son honneur et conscience, formule identique au serment des experts (233). Le résultat des constatations opérées, qualifié d'« avis » sera probablement un rapport d'expertise (234). La logique, d'ailleurs, impose cette solution car, souvent, il est impossible d'effectuer une deuxième expertise avec les résidus provenant de la première. Toutefois, il n'est pas possible d'admettre qu'il s'agisse d'une expertise, car, au cours de l'information judiciaire, toute expertise doit être menée par deux experts, quand elle porte sur le fond. Menée dans le cadre d'une enquête de police, la procédure de l'article 60 C.P.P. ne doit pas être aussi rigide qu'une expertise judiciaire. Il appartiendra aux tribunaux d'apprécier la valeur probante des opérations ainsi menées.

Outre des mesures particulières justifiées par l'urgence ou la constatation des traces de l'infraction, la procédure de flagrant délit conduit à un élargissement des pouvoirs reconnus lors d'une enquête préliminaire.

2. — *L'extension des pouvoirs reconnus en matière d'enquête préliminaire.*

339. — Deux réglementations sont exactement identiques à l'enquête préliminaire ; en revanche, d'autres actes témoignent d'un pouvoir de coercition.

a) *La réglementation identique.*

Le temps des perquisitions et la garde à vue sont régis par les mêmes textes. L'article 59 al. 1 C.P.P. reprend la tradition continue de l'article 76 de la Constitution de Frimaire An VIII, prohibant les

(232) Notamment, il convient d'éviter que l'obligation de l'article 61 al. 1 n'en vienne à vider de leur contenu les dispositions relatives à la garde à vue.

(233) En principe, pour procéder à une expertise, on ne peut que désigner une personne inscrite préalablement sur une liste d'experts. Exceptionnellement, il est possible de choisir une personne hors de ces listes. Dans le cadre de l'article 60, il n'est pas nécessaire de se référer aux listes.

(234) Les auteurs sont d'accord sur ce point : STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 560 ; J. BROUCHOT, GAZIER et F. BROUCHOT, n° 25, p. 53 ; BESSON-VOUIN, ARPAILLANGES, sous article 60.

perquisitions et visites domiciliaires de nuit, à moins de réclamation faite de l'intérieur ou de péril particulier. Le Code d'instruction criminelle n'avait rien précisé à ce sujet et l'on était obligé d'appliquer les dispositions du Code de procédure civile déterminant le temps de nuit. L'introduction d'un article 59 au C.P.P. manifeste l'autonomie de la procédure pénale.

En principe, une perquisition ne peut avoir lieu qu'entre 6 heures et 21 heures, à moins qu'une réclamation provienne de l'intérieur de la maison. Si les opérations ont été commencées pendant le temps autorisé, elles peuvent être continuées au-delà du temps permis. Une ordonnance 60-1245 du 25 novembre 1960 a introduit une exception à ce principe (235). Cette disposition nouvelle n'a fait que rajeunir et adapter un texte datant de la période révolutionnaire (décret de 1791). En réalité, ce texte n'autorise pas les officiers de police judiciaire à procéder à des perquisitions, mais seulement à surveiller certains lieux ouverts au public pour y constater qu'il ne se commet pas certaines infractions précises.

Le domicile des particuliers n'est donc pas concerné par ce texte. L'article 59 al. 2 nouveau commence par énumérer une série de lieux, hôtels, maisons meublées, débits de boissons, puis, dans une disposition finale, indique que les visites pourront être effectuées en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public. De plus, ces différents lieux devront recevoir de manière habituelle des personnes se livrant à la prostitution, et les constatations devront porter sur des infractions prévues aux articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal. Toutefois, si une infraction était commise, tandis que l'officier de police judiciaire procédait à une visite, il lui serait loisible d'ouvrir une enquête de flagrant délit (236). Beaucoup plus grave est l'atteinte au domicile en matière d'infractions à la sûreté de l'Etat, puisque les perquisitions de nuit sont autorisées (art. 17 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

La garde à vue reçoit la même réglementation qu'en matière d'enquête préliminaire, en ce qui concerne son déroulement (plus exactement, d'ailleurs, l'enquête préliminaire emprunte à l'enquête de flagrant délit les règles relatives à la garde à vue : art. 78 C.P.P.).

Ainsi, les officiers de police judiciaire sont tenus d'indiquer la durée des interrogatoires, ainsi que le début et la fin de la garde à vue. Ces différentes mentions devront être émargées par la personne retenue. En principe, la garde à vue est possible pour une période de 24 heures avec faculté de renouvellement, les délais étant doublés en matière d'infractions contre la sûreté de l'Etat (art. 16 de la loi

(235) Voir le texte de l'ordonnance, le rapport annexé et la circulaire au J.O. du 27-11-1960.

(236) La présence du policier étant régulière, il suffit qu'une des hypothèses de flagrance, ou de cas assimilé, se présente pour que l'O.P.J. puisse valablement procéder.

63-23 du 15 janvier 1963, qui admet des exceptions). Rappelons que la Cour de cassation, après avoir estimé que les irrégularités relatives à la garde à vue devaient être présentées aux juges du fait, a considéré ces irrégularités comme ne pouvant — ipso facto — entraîner la nullité des actes de la procédure (237).

Il est curieux de constater que la matière de la garde à vue soit dépourvue de toute sanction, alors qu'une perquisition irrégulière aboutit à une nullité obligatoire (art. 59 al. 3). Cela étonne d'autant plus que la garde à vue en matière de flagrant délit peut être prescrite dans un plus grand nombre d'hypothèses. Le domaine des actes de l'enquête préliminaire se trouve en effet accru dans l'hypothèse d'un flagrant délit.

b) domaine accru de la coercition.

340. — La coercition est manifestée par l'extension du domaine de certains actes de l'enquête préliminaire, entraînant un formalisme plus important.

Extension du domaine des actes.

En matière d'enquête préliminaire, les perquisitions, saisies, et même témoignages reposaient sur le consentement des intéressés, sur la libre participation des citoyens aux activités de la police. Dans le cadre de l'enquête de flagrant délit le consentement n'a pas besoin d'être sollicité, l'officier de police judiciaire y procède d'office, et au besoin par la contrainte. L'article 56 C.P.P. permet la perquisition en vue de la saisie de tout document relatif à l'infraction chez toute personne paraissant y avoir participé ou détenant des objets relatifs aux faits incriminés.

De même, outre les dispositions de l'article 61 visant les personnes présentes sur les lieux, se trouvent des règles relatives aux témoignages. L'article 62 C.P.P. autorise l'officier de police judiciaire à appeler et entendre toutes personnes susceptibles de lui fournir des renseignements sur les faits (238).

Ces personnes sont tenues de comparaître et de déposer. Si elles ne satisfont pas à la convocation qui leur est adressée, le procureur de la République pourra les contraindre à comparaître (art. 62 al. 2 C.P.P.).

Mais surtout, à l'encontre des témoins l'officier de police judiciaire dispose de la garde à vue. En matière d'enquête préliminaire, il est généralement admis que cette mesure peut être prononcée seu-

(237) Cf. *supra*, n° 322 ; Crim., 15-10-1959 et 29-10-1959 ; B. 435 et 457 et Crim., 17-3-1960, B. 156 ; J.C.P. 1960.II.11641 (l'arrêt du 27-12-1960, B. 622 est relatif exclusivement à l'enquête préliminaire et ne fait que reproduire la solution du 17-3-1960). Voir Douai, 12-12-1962 ; G.P. 1963.I.407.

(238) L'officier de police judiciaire a la possibilité de charger un agent de police judiciaire de 1^{re} catégorie pour procéder à l'audition de ces personnes (art. 62 al. 4 dû à l'ordonnance du 4-6-1960).

lement à l'égard d'un suspect. Dans le cadre du flagrant délit, en revanche, l'article 63 al. 1 prévoit la possibilité de retenir un témoin pendant une durée de 24 heures (48 heures en matière d'infractions à la sûreté de l'Etat). Il s'agit là d'une mesure différente de la garde à vue prononcée à l'égard d'un suspect, car elle n'est pas susceptible de prolongation (239) (l'article 63 al. 3 permet seulement la prolongation de la garde à vue mentionnée à l'alinéa 2 et non à l'alinéa 1^{er}).

L'accroissement des pouvoirs de la police judiciaire reçoit toutefois une contrepartie dans l'augmentation du formalisme de certains actes.

L'augmentation du formalisme.

341. — Tandis que la liberté individuelle ne se trouve pas mieux assurée par un système de garanties efficaces, la garde à vue n'étant pas assortie de la nullité ou d'autres sanctions directes, la loi, en revanche, protège le domicile des citoyens considérés traditionnellement comme le prolongement de la personne. La perquisition est, en effet, assortie d'une réglementation minutieuse. De plus, tous les procès-verbaux doivent obéir à certaines conditions, alors qu'aucune règle n'était prévue pour l'enquête préliminaire.

En matière de perquisitions, se trouve rappelé le principe du secret de l'instruction et des enquêtes. Seul l'officier de police judiciaire a le droit avec les témoins instrumentaires de l'article 57 ou les personnes qualifiées requises en vertu de l'article 60, de prendre connaissance des papiers ou documents avant de procéder à leur saisie (art. 56 al. 2 nouveau). Si la personne chez laquelle se déroule la perquisition est dépositaire des secrets d'autrui, l'officier de police judiciaire devra veiller à prendre toutes dispositions en vue du respect du secret professionnel et des droits de la défense (art. 56 al. 3) (240).

Cette prescription est assortie d'une sanction. L'article 58 C.P.P. punit d'une amende de 1.800 F à 18.000 F et d'un emprisonnement de 2 mois à 2 ans, quiconque a communiqué ou divulgué un document provenant d'une saisie, à une personne non qualifiée pour en connaître, en l'absence de toute autorisation de l'inculpé (241), de ses ayants droit, du signataire ou du destinataire du document. Toutefois,

(239) Si une même personne est gardée à vue comme témoin, puis comme suspect, il semble qu'il ne soit pas possible d'aller au-delà du délai maximum prévu pour le suspect (la garde à vue à titre de témoin s'impute sur le délai du suspect).

(240) L'article 56 al. 3 évoque l'hypothèse d'une perquisition chez un avocat ou un médecin (cf. art. C. 105). Dans ce cas, l'O.P.J. agira judicieusement en sollicitant des conseils du procureur de la République ou du juge d'instruction.

(241) La loi parle d'inculpé là où, en réalité, ne se trouve encore qu'un suspect. L'inculpation ne peut provenir que d'un acte du juge d'instruction. Voir, à cet égard, les remarques de M. MERLE, « L'inculpation », in *Mélanges Hugueney*, p. 111.

si cette divulgation a pour fondement les nécessités de l'enquête, l'auteur de l'acte sera justifié et n'encourra aucune peine (242).

La présence de la personne chez laquelle la perquisition a lieu, est nécessaire. Si elle est absente ou empêchée pour un motif quelconque de désigner un représentant de son choix, l'officier de police judiciaire choisira deux témoins pris en dehors des personnes relevant de son autorité administrative (art. 57 al. 2). Le législateur entend ainsi éviter que la régularité des opérations soit ultérieurement contestée.

Ce même motif conduit à exiger un inventaire des documents saisis avant leur mise sous scellés. Si leur nombre ou leur forme ne permet pas de procéder à un inventaire complet, les objets seront placés sous scellés provisoires jusqu'à ce qu'il soit possible d'en dresser l'inventaire pour ne retenir que les objets utiles. Etant la conséquence directe de la perquisition, cet inventaire requiert la présence des personnes ayant assisté à la saisie (art. 56 al. 4 nouveau).

Enfin, si d'ores et déjà des documents paraissent inutiles à la manifestation de la vérité, l'officier de police judiciaire peut ordonner la main-levée de la saisie, après avoir obtenu l'accord du procureur de la République.

342. — Pour ces diverses opérations, l'officier de police judiciaire est tenu de rédiger un procès-verbal dont le formalisme est précisé par la loi.

L'article 66 C.P.P. prescrit la rédaction sur le champ des divers procès-verbaux exécutés en vertu des articles 54 à 62. Cette disposition a été prise afin de mettre fin à la pratique des notes sommaires, que l'officier de police judiciaire recopiait de retour à son bureau administratif. C'est aussi parce que, désormais, la signature des personnes participant aux actes doit figurer aux procès-verbaux (243).

L'officier de police judiciaire authentifie son procès-verbal en apposant sa signature sur chaque feuillet. De plus, en cas de perquisition ou de saisie, l'acte doit être signé par la personne chez laquelle a lieu la perquisition, ou par son représentant ou les témoins prévus à l'article 57 al. 2. Cette formalité est pareillement exigée des personnes fournissant des déclarations (art. 62 al. 3).

Il semble que la signature exigée de ces personnes soit uniquement requise à la fin de l'acte et non sur chaque feuillet. Cette signature sera apposée une fois que la personne intéressée aura lu l'acte et

(242) Il sera ainsi permis de communiquer des documents à la presse pour parvenir à retrouver l'auteur de l'infraction. Ainsi, dans l'affaire Bill-Rapin, c'est grâce à la chaussure découverte sur les lieux et publiée dans la presse que l'auteur du crime pût être identifié.

(243) Un arrêt de la Cour de cassation en date du 7-6-1963 (Bull. Crim., 1963, n° 194, p. 401) décide que les dispositions de l'article 66 ne sont pas prescrites à peine de nullité. Notons qu'en l'espèce, le procès-verbal avait été dressé sans désemparer.

utilisé, éventuellement, la faculté d'y faire consigner ses observations. Si cette personne déclare ne pas savoir lire, l'officier de police judiciaire donnera lecture de l'acte. La loi a même prévu l'hypothèse du refus de signature: dans ce cas il en sera fait mention au procès-verbal.

L'augmentation du formalisme est donc très nette par rapport à l'enquête préliminaire. Ceci se constate dans le fait que certaines formes sont sanctionnées par la nullité de l'acte. A vrai dire, ces hypothèses sont assez restreintes, car, le plus souvent, le législateur préfère ne pas porter atteinte à l'appréciation souveraine des tribunaux.

L'article 59 al. 3 (nouveau) dispose que « les formalités mentionnées aux articles 56, 57 et 59 sont prescrites à peine de nullité ». Cette prescription sévère a été édictée en raison de l'importance des saisies sur le déroulement du procès pénal. Une perquisition illégale ne peut servir de fondement à une condamnation et la Cour de cassation a veillé au respect des prescriptions en matière de perquisitions.

D'ailleurs, en matière de flagrant délit, le formalisme est presque identique à celui prévu pour le juge d'instruction. L'article 96 C.P.P. renvoie à certaines dispositions prévues dans le cadre de l'enquête de flagrant délit. Il est permis, dès lors, de se demander si les actes de l'enquête de flagrant délit ne constituent pas des actes d'instruction.

§ 2. — La nature des actes de l'enquête de flagrant délit.

343. — Les actes confiés à titre principal à la police judiciaire attestent une nature particulière. Peut-être faut-il voir dans cette difficulté de qualification la raison pour laquelle les rédacteurs du Code de procédure pénale s'en sont tenus à un critère organique en dénommant ces actes « actes de police judiciaire » (ainsi art. 68 al. 2 et art. 72, al. 2 C.P.P.).

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, cette formule se trouvait déjà employée. L'article 51 C.I.C. tendant à régler les conflits d'attributions entre les officiers de police judiciaire et le procureur de la République prévoyait que cette dernière personne « fera les actes attribués à la police judiciaire ».

Le Code de procédure pénale ne paraît pas avoir innové ni tenté d'introduire une nouvelle catégorie juridique. Les articles 68 et 72 C.P.P. ne font que reproduire la formule de l'article 51 C.I.C. Le problème de qualification des actes du flagrant délit ne se trouve pas pour autant résolu.

344. — 1. Avant le Code de procédure pénale, cette qualification avait été trouvée facilement. Seul le juge d'instruction peut mener des enquêtes puisqu'il n'existe pas d'enquête préliminaire officielle, et les actes qu'il effectue sont des actes d'instruction. L'article 61 C.I.C. disposait d'ailleurs : « Hors le cas de flagrant délit, le juge ne fait aucun acte d'instruction ou de poursuite... » Dans le cadre du

flagrant délit, le juge d'instruction accomplissait véritablement des actes d'instruction exactement comme s'il avait été saisi par un réquisitoire du ministère public.

Par ailleurs, il n'y avait aucune raison de ne pas qualifier de la même manière les actes effectués par le procureur de la République ou les officiers de police judiciaire, tous agissant en vertu des mêmes textes. On considérerait, alors, que le caractère flagrant d'une infraction avait pour effet d'apporter une exception au principe de la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite (244).

En réalité, cette opinion doctrinale n'était pas totalement satisfaisante, car le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire n'étaient pas investis des mêmes pouvoirs. Le juge d'instruction pouvait continuer son enquête et utiliser tous les pouvoirs que lui reconnaît la loi : mettre en détention préventive l'inculpé. Les officiers de police judiciaire, en revanche, disposaient uniquement des attributions limitativement énumérées aux articles 33 à 43 C.I.C. Enfin, la direction des opérations appartenait au juge d'instruction. L'article 45 C.I.C. prescrivait au procureur de la République de transmettre sans délai au juge d'instruction les procès-verbaux, actes, pièces ou instruments dressés ou saisis en conséquence des pouvoirs reconnus par la loi, pour qu'il soit ensuite procédé selon les règles normales de l'instruction. D'autre part, l'article 60 C.I.C. rappelait cette prescription et autorisait le juge d'instruction à refaire les actes ou seulement ceux qui ne lui semblaient pas complets.

C'est en vertu de ce pouvoir d'appréciation que les actes figurent au dossier en qualité d'actes d'instruction. Le juge d'instruction accepte les actes effectués par la police judiciaire comme s'ils émanaient de lui.

Depuis le Code de procédure pénale, il ne paraît pas possible de considérer les actes de police judiciaire du flagrant délit comme des actes d'instruction. Bien que l'officier de police judiciaire dispose de pouvoirs de coercition qu'il n'a pas en cours d'enquête préliminaire, la loi n'a pas voulu qu'il s'agisse d'actes d'instruction. Déjà la loi du 7 février 1933 avait marqué cette différence. A propos des perquisitions et des saisies, l'article 87 C.I.C. énonçait qu'il s'agissait « d'actes d'instruction », formule qui ne figurait pas à propos du flagrant délit malgré la similitude des formalités.

345. — 2. Le Code de procédure pénale a encore creusé le fossé en attribuant la direction de l'enquête de flagrant délit au procureur de la République.

Quand le juge d'instruction se déplace sur les lieux où une infraction vient de se commettre, il accomplit tous actes de police judiciaire. Une fois ces opérations terminées, il est tenu de transmettre « les pièces de l'enquête au procureur de la République à toutes fins utiles ». On n'a pas manqué de souligner cette disposition nouvelle

(244) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 556 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 782-6.

qui va à l'encontre de l'adage traditionnel permettant au juge de se saisir d'office. Désormais, pour retrouver la plénitude de ses attributions, le juge d'instruction doit attendre d'être saisi par un réquisitoire du procureur de la République, que ce dernier peut décerner sur les lieux mêmes de l'infraction (art. 72 al. 5). « L'homme le plus puissant de France » n'est plus le juge d'instruction, mais le procureur de la République qui, directement ou par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire, peut disposer des personnes, des domiciles et des biens.

Du point de vue du ministère public, le dossier de l'enquête de flagrant délit servira aux mêmes fins que l'enquête préliminaire (245). Le procureur de la République prendra une décision sur d'éventuelles poursuites après avoir étudié ce dossier (246).

Par ailleurs, le juge d'instruction ne possède plus la faculté de refaire les actes de l'enquête de flagrant délit. Certains auteurs ont estimé, cependant, que le juge disposait de cette prérogative (247). Il nous semble, au contraire, que cette faculté énoncée clairement au C.I.C. est refusée désormais. Si le juge d'instruction avait la possibilité de recommencer un acte, ce serait lui accorder le droit d'annuler l'acte anciennement accompli. Or, cette solution ne paraît pas compatible avec la position de la jurisprudence refusant à une juridiction de jugement le droit d'annuler un acte de l'enquête préliminaire (248). Ce qui est interdit à une juridiction de jugement n'est certainement pas admis pour une juridiction d'instruction.

La possibilité de faire recommencer l'acte incomberait probablement au ministère public qui dispose du pouvoir de direction sur la police judiciaire. D'ailleurs, ce droit n'est plus aussi nécessaire puisque les actes de flagrant délit constituent, en droit, des dérogations à l'enquête préliminaire.

346. — En effet, l'enquête de flagrant délit est une exception à l'enquête préliminaire, et la police judiciaire n'est pas tenue d'instrumenter en vertu des textes des articles 53 à 74 C.P.P., même en présence d'une infraction flagrante (249). Par ailleurs, en pratique, les constatations seront effectuées par les officiers de police judiciaire qui auront été informés de l'infraction. Le procureur de la République et le juge d'instruction viendront sur les lieux uniquement parce qu'ils auront été prévenus par l'officier de police judiciaire (art. 54 al. 1).

Nous avons, du reste, montré que dans une certaine mesure l'enquête de flagrant délit constituait un simple élargissement des pouvoirs de l'enquête préliminaire. Pour ces différentes raisons, il nous

(245) Voir DEMOGUE, « Du droit du ministère public de constituer un dossier confidentiel », *Revue critique*, 1907, p. 334.

(246) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 568.

(247) En ce sens, VOUIN-BESSON-ARPAILLANCES, sous article 80.

(248) *Crim.*, 4-2-1960, B. 68.

(249) Voir articles C. 101 et C. 104.

semble que les actes de l'enquête de flagrant délit possèdent aussi la même nature juridique d'actes de poursuite (250).

Si, en cours d'enquête, le juge d'instruction a un certain pouvoir de direction de la procédure (ainsi, c'est lui qui dispose des pouvoirs reconnus au procureur de la République pour l'application des articles 56 al. 5, 62 al. 2, 63 al. 3, 64 al. 4 et 70 C.P.P.), il n'en est plus de même lors de la cessation de l'état de flagrance (251). Le procureur de la République retrouve pleinement ses attributions (art. 72 al. 4 C.P.P.).

Déjà, au cours de l'enquête de flagrant délit, la suprématie du procureur de la République pouvait être manifestée par les dispositions de l'article 69 C.P.P. Aux termes de cet article, lorsque le juge d'instruction ou le procureur de la République estiment nécessaire de se transporter dans les ressorts des tribunaux limitrophes, le procureur de la République du ressort doit être avisé immédiatement. C'est reconnaître par là même un droit de direction au profit du ministère public, même si c'est un juge d'instruction qui a prescrit le transport.

347. — En définitive, l'enquête de flagrant délit apporte une dérogation aux pouvoirs normalement reconnus à toute personne. La police judiciaire voit ses droits étendus, tandis que le juge d'instruction subit une réduction de ses attributions. L'urgence justifie seule ces dérogations. Le juge d'instruction qui n'est plus membre de la police judiciaire reçoit, à cette occasion, des prérogatives identiques à celles d'un officier de police judiciaire.

Les actes accomplis révèlent cette contradiction. En fait, ces pouvoirs sont utilisés le plus souvent par des officiers de police judiciaire et le juge d'instruction se déplace rarement sur les lieux d'une infraction flagrante. Mais, surtout, la procédure est menée de manière purement inquisitoire et les droits du suspect ne sont pas affirmés. La seule disposition qui lui soit réellement favorable est celle de l'article 70 C.P.P. al. 2, obligeant le magistrat à interroger sur le champ la personne soupçonnée, conduite devant lui en état de mandat d'amener. Si cette personne se présente spontanément accompagnée d'un défenseur, le magistrat doit l'interroger en présence de celui-ci. Aucun autre droit ne lui est reconnu, pas même d'être avertie qu'elle peut être assistée d'un défenseur.

L'absence quasi totale de garanties pour le suspect, en dépit d'un certain renforcement du formalisme, nous oblige à assimiler les actes effectués à ceux de l'enquête préliminaire et à les considérer comme actes de poursuite et non comme actes d'instruction (252).

(250) MM. STEFANI et LEVASSEUR semblent opiner en faveur du caractère d'actes d'instruction (Précis II, n° 259).

(251) Le paradoxe est fort bien montré par M. GRANIER, « Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance », J.C.P. 1959.I.1521.

(252) Voir également, dans le sens du refus de l'assimilation aux actes d'instruction : STEFANI, « L'acte d'instruction », in *Mélanges Hugueney*, p. 135.

Appendice

L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE EN MATIÈRE DE SÛRETÉ DE L'ÉTAT.

347 bis. — Deux lois en date du 15 janvier 1963 (253), ont institué un nouveau régime de procédure applicable aux infractions à la sûreté de l'Etat. Elles constituent la suite logique de l'ordonnance du 4 juin 1960 qui avait supprimé la distinction entre les atteintes à la sûreté intérieure et celles à la sûreté extérieure de l'Etat (254). Indépendamment de la création d'une nouvelle juridiction, d'exception certes, mais permanente : la Cour de sûreté de l'Etat (255), ces lois ont établi une procédure particulière, tant pour le déroulement de la phase préliminaire que pour celui de l'instruction préparatoire. S'il est un domaine où la phase policière du procès pénal revêt une très grande importance, c'est précisément dans la matière des atteintes à la sûreté de l'Etat. La police seule sera capable de mettre en œuvre tout ce qui permettra de révéler les auteurs d'infractions, aussi assiste-t-on en cette matière à un élargissement des règles prévues pour l'enquête préliminaire. En principe, et selon les termes mêmes de l'article 15 de la loi 63-23, la procédure applicable est celle du droit commun, sous réserve des particularités inscrites à cette loi.

Il résulte de cette affirmation que toutes les règles du droit commun, soit de l'enquête préliminaire, soit de l'enquête de flagrant

(253) Lois n°s 63-22 et 63-23 du 15 janvier 1963 ; J.O. du 16 janvier 1963 ; J.C.P. 1963.III.28786 et 28787.

(254) En ce sens, LEVASSEUR, « La Cour de sûreté de l'Etat », G.P. 1963.I, Doc. 26 ; VITU, « La Cour de sûreté de l'Etat », Rev. Sc. crim., 1964, n° 4. Voir aussi ESCANDE, Juriscl. proc. pénale, 8° appendice.

(255) Pour les avantages de l'institution d'une juridiction permanente, voir LEVASSEUR, précité, n° 6 ; VOUIN, J.C.P. 1963.I.1764, n° 3.

délit, sont normalement observées. Seules quelques dérogations sont apportées que nous signalerons brièvement ici, en matière de garde à vue et de perquisitions.

La garde à vue est portée à un maximum de dix jours en temps normal et à quinze jours si l'état d'urgence est proclamé (art. 16 al. 3, art. 48 al. 2 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963). Pendant un premier délai de 48 heures, la police judiciaire peut conserver à sa disposition témoin ou suspect sans autorisation spéciale. Le ministère public près la Cour de sûreté de l'Etat est chargé de contrôler la régularité de la garde à vue. Au-delà du délai de 48 heures, une autorisation écrite du ministère public est nécessaire, après comparution devant ce magistrat (256).

Quant aux perquisitions et saisies, l'article 17 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963 prévoit une dérogation à l'article 59 en autorisant les perquisitions de nuit et en tout lieu. De même, l'assentiment de la personne chez qui l'opération a lieu n'est pas nécessaire (257).

Telles sont les dérogations essentielles qu'apporte l'institution de la Cour de sûreté de l'Etat quant à l'enquête de police. En étendant les pouvoirs de la police judiciaire sans offrir de contrepartie par l'institution de garanties sérieuses, la loi 63-23 du 15 janvier 1963 ne permet pas de penser que les actes accomplis dans ces conditions révèlent une nature juridique différente des actes normaux de l'enquête préliminaire. Ce sont donc des actes de poursuite et non des actes d'instruction.

(256) Voir VOUIN, précité, n° 26 à 28 ; VITU, précité, n° 38, 41 à 45 ; LEVASSEUR, n° 11.

(257) VOUIN, précité, n° 29 ; VITU, précité, n° 40 ; LEVASSEUR, n° 12.

CHAPITRE II

Les attributions des préfets : Police ou Justice ?

348. — Le préfet est le représentant du gouvernement central de l'Etat dans chaque département. A ce titre, il apparaît comme une émanation du pouvoir exécutif. La présence de ce fonctionnaire dans un Code de procédure pénale ne peut manquer d'étonner quand est proclamé un principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (1). Reconnaître des attributions de police judiciaire aux préfets, cela peut conduire un gouvernement à utiliser ces pouvoirs à des fins plus politiques que judiciaires. Sous l'ancien régime, le problème ne pouvait guère se poser. Outre le fait que le roi cumulait en sa personne tous les pouvoirs, la centralisation de l'administration n'était pas parvenue au stade que Napoléon devait lui donner.

Les débats préparatoires du Code d'instruction criminelle témoignent des différents intérêts de la procédure pénale : nécessité d'avoir une justice efficace, tout en ayant soin de respecter les libertés individuelles. Finalement l'intérêt de la justice prévalut et le Code d'instruction criminelle comporta un article 10 permettant aux préfets « de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ».

De nombreuses attaques furent adressées périodiquement à cet article. Nous aurons l'occasion au cours de la première section de ce chapitre consacrée au contenu des pouvoirs du préfet, de montrer

(1) Loi des 16-24 août 1790.

l'évolution qui a abouti à la rédaction de l'article 30 du Code de procédure pénale (2). Après avoir défini de manière précise les attributions des préfets, nous nous efforcerons de dégager la nature juridique des actes accomplis par les préfets.

SECTION I

LE CONTENU DES POUVOIRS DES PREFETS

349. — Pour comprendre exactement la situation des préfets dans l'actuel Code de procédure pénale, il ne paraît pas inutile d'envisager ici l'évolution de ces pouvoirs. Après avoir montré la solution du Code d'instruction criminelle, nous présenterons les réformes successivement intervenues, ce qui nous amènera à étudier la solution actuelle.

§ 1. — Le Code d'instruction criminelle (3).

350. — Sous l'ancien régime, aucun fonctionnaire disposant de fonctions administratives ne possédait de prérogatives judiciaires. L'article 10 du Code d'instruction criminelle a été introduit par l'intervention expresse de Napoléon, dans le dessein de remédier à la faiblesse des corps judiciaires.

Disposant de pouvoirs importants qui les avaient conduit à déborder du domaine judiciaire pour atteindre les problèmes législatifs et politiques, les corps judiciaires avaient été détruits par les premières Assemblées révolutionnaires. Les juges n'étaient plus titulaires de leur charge mais recrutés par l'élection. Aucune appréciation n'était laissée aux magistrats : en ce qui concernait l'action publique, le principe était celui de la légalité des poursuites ; en ce qui concernait l'application des sanctions, la fixité des peines avait succédé à l'arbitraire.

Les corps judiciaires sortaient affaiblis de la période révolutionnaire et l'empereur craignit qu'ils ne puissent assurer le respect des lois. Dans ce dessein, il désirait que l'administration collaborât à l'action de la Justice. Les tendances de Napoléon étaient même de placer le ministère public sous l'autorité des préfets, qui auraient eu, ainsi, connaissance de tous les agissements criminels.

(2) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 286 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1096 ; DILHAC, « Les pouvoirs de police judiciaire et d'instruction préparatoire des Préfets », Thèse, Rennes, 1937 ; LAUTECAZE, « Les pouvoirs de police judiciaire des Préfets », Thèse, Bordeaux, 1938.

(3) Pour la rédaction de ce paragraphe, nous avons eu recours à Faustin HÉLIE, *op. cit.*, Tome III, n° 1202 et ss.

Les différents membres de la Commission de travail s'opposèrent à cette conception. Ayant vécu sous le régime révolutionnaire, ils avaient constaté quels abus étaient résultés d'une justice trop soumise aux caprices de la politique.

A cela s'ajoutaient en eux les souvenirs d'une procédure qu'ils avaient personnellement exercée. Les principales critiques opposées au projet impérial portaient sur le fait que, si l'immixtion des préfets était nécessaire dans les affaires relatives à la tranquillité générale, leur intervention n'était pas utile dans les affaires ayant un rapport éloigné et indirect avec l'ordre public.

Cambacérès fit valoir cet argument en montrant qu'en l'absence d'une telle distinction, les préfets s'empareraient de toutes les affaires où une telle procédure n'est pas nécessaire, car il n'était pas pensable qu'un magistrat oublie son devoir dans les affaires concernant l'intérêt général. La commission, en revanche, demeura fidèle à ses arguments. Le préfet ne doit pas intervenir dans le cours de la justice, car les moindres pouvoirs l'amèneraient à s'immiscer en de nombreuses affaires.

On constata alors que police et justice doivent aller de pair, la justice ne pouvant accomplir son œuvre qu'au moyen de la police. M. Réal fit observer que « si la justice doit être indépendante dans ses jugements, pour la poursuite, elle a besoin d'être étayée par la police ». Cambacérès remarqua, encore, que les préfets ne devaient avoir d'attribution que pour certaines infractions, et sous réserve d'une limite résultant d'un compte rendu à fournir au ministre.

351. — A ces premières discussions préparatoires qui eurent lieu en Frimaire An XIII, suivirent d'autres considérations en 1808. La commission des rédacteurs avait préparé un projet accordant aux préfets la qualité d'officiers de police judiciaire en limitant leurs pouvoirs aux crimes contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État (4). Mais, en 1808, la situation est différente : les corps judiciaires ont retrouvé à nouveau de l'autorité et les membres de la commission sont opposés à l'attribution aux préfets de prérogatives judiciaires.

En fait, la situation était la suivante : on acceptait de donner aux préfets des pouvoirs exceptionnels en raison de l'urgence, mais il n'était pas possible de les considérer comme officiers de police judiciaire car cela les soumettrait à la surveillance du procureur général. L'intervention personnelle de l'empereur devait être décisive. Les préfets ne figurent pas dans l'énumération des officiers de police judiciaire et leurs droits sont établis par une disposition particulière. Ainsi naquit l'article 10 du C.I.C. qui paraissait limiter le domaine d'activité des préfets à la seule police judiciaire, en faisant référence à l'article 8 C.I.C.

(4) LOCRE, Tome XXV, p. 102.

En réalité, l'article 8 C.I.C. est fort peu précis, et l'intention de Napoléon était de faire des actes du préfet « plus que de simples renseignements (5). Pour Faustin Hélie, les attributions des préfets devaient être limitées aux seules hypothèses où un officier de police judiciaire a la possibilité d'agir. La solution inverse aboutirait à ruiner l'indépendance de la justice et permettrait d'opprimer impunément les personnes soupçonnées pour leurs opinions politiques (6). Cependant, la jurisprudence se fondant sur les intentions de Napoléon devait admettre l'assimilation du préfet au juge d'instruction.

352. — A la suite de l'introduction en France de journaux politiques publiés à l'étranger, et de la publication de fausses nouvelles, le préfet de police de Paris avait décerné des mandats de perquisition en vue d'opérer des saisies dans des bureaux de poste. Le problème consistait à savoir si le préfet pouvait utiliser une telle procédure. Le tribunal correctionnel de la Seine admit que « ce droit de perquisition consacré au profit de l'instruction judiciaire par de nombreuses dispositions légales est de droit commun en cette matière, que la saisie dont il s'agit avait pour but de suivre la trace d'un délit, qu'elle a eu pour résultat des constatations utiles et importantes, qu'enfin les auteurs desdites lettres sont traduits en justice ». « La loi, en donnant au préfet la mission de rechercher les délits, d'en rassembler les preuves et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, n'a point limité les moyens qu'elle mettait à sa disposition pour atteindre ce but. » La cour d'appel de Paris devait confirmer cette décision, mais la Cour de cassation, par un arrêt du 23 juillet 1853 (7) devait rejeter cette interprétation. A l'appui du pourvoi était jointe une consultation d'Odilon Barrot présentant la distinction qu'il convient de faire entre police judiciaire et instruction. Si en plus des droits de la police administrative, le préfet dispose d'attributions judiciaires, il ne peut s'agir que de pouvoirs de police judiciaire.

Or, estime Odilon Barrot, « faire une visite domiciliaire et saisir des papiers domestiques est évidemment du ressort de l'instruction et non de la simple police judiciaire » et « ce n'est que par exception et au cas rigoureusement limité du flagrant délit, que la police judiciaire est autorisée, à raison de l'urgence, à faire non pas tous, mais certains actes de l'instruction spécifiés dans les articles 32, 36, 37 et 49... ». Ainsi, le préfet n'a-t-il pas les mêmes attributions qu'un juge d'instruction. Pour étayer sa thèse, Odilon Barrot se fondait à la fois sur les travaux préparatoires et sur le texte même de l'article 10 C.I.C.

(5) Faustin HÉLIE, *op. cit.*, Tome III, n° 1205.

(6) Faustin HÉLIE, *op. cit.*, Tome III, n° 1210 à 1213.

(7) Crim., 23-7-1853, B. 639 ; D.P. 1853.I.233 et la consultation d'Odilon BARROT.

La chambre criminelle devait casser l'arrêt de la cour d'appel de Paris au motif suivant que « si la justice dispose du pouvoir d'ouvrir les lettres, un tel pouvoir n'appartient qu'au juge d'instruction, à qui l'article 89 C.I.C. attribue un droit général de perquisition en tous lieux, et n'a été conféré au préfet de police par aucune disposition législative ».

353. — Une telle décision était éminemment favorable aux criminalistes libéraux. D'ailleurs une solution différente aurait posé de nombreux et délicats problèmes (8). Elle apportait, toutefois, une limitation que ne comportait pas l'article 10 C.I.C. : nullement l'urgence ou le flagrant délit ne sont des conditions d'ouverture des pouvoirs des préfets, et le Code lui-même ne faisait aucune différence entre les actes de la police judiciaire et ceux de l'instruction.

Dans ces conditions, la cour de renvoi manifesta sa résistance, ce qui entraîna la saisine des chambres réunies de la Cour de cassation. Le 21 novembre 1853 (9), cette juridiction rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Rouen. Ce faisant, les chambres réunies adoptaient une position opposée à celle de la chambre criminelle : le préfet possède toutes les attributions du juge d'instruction. « Le droit du préfet de police embrasse le cercle de la police judiciaire tel qu'il est tracé par l'article 8 C.I.C.... (et) tout acte d'instruction tendant à constater les crimes, délits et contraventions est dans le domaine du préfet de police. »

Cet arrêt anéantit en même temps toute distinction reposant sur la séparation de la police judiciaire et de l'instruction (10). La chambre criminelle devait, par un arrêt du 16 août 1862 (11), se conformer à la jurisprudence des chambres réunies.

354. — Un arrêt du 19 janvier 1866 allait préciser les attributions du préfet (12). Il s'agissait principalement de savoir si le préfet pouvait effectuer des perquisitions et s'il pouvait, à cette fin, déléguer ses pouvoirs. La chambre criminelle respecta la décision des chambres réunies en répondant affirmativement aux deux questions soulevées. D'une part, le préfet a la faculté de déléguer des officiers de police judiciaire, car l'article 10 lui permet de « faire personnellement ou de requérir de faire tous actes ». D'autre part, la perquisition lui est permise, car, à la différence du mandat d'arrêt, cet acte n'est pas

(8) Notamment au moment de la clôture de l'instruction : le juge d'instruction aurait été amené à soutenir devant la chambre du conseil une information qu'il n'avait pas dirigée, si l'on admet que le Préfet dispose de la plénitude des attributions du juge d'instruction.

(9) Cass. réunies, 21-11-1853, B. 551 ; D.P. 1853.I.279.

(10) Les motifs de cette assimilation sont pertinents : l'article 8 définit le rôle de la police judiciaire et l'article 9 énumère les personnes chargées de ces fonctions. En accordant des pouvoirs de police judiciaire au Préfet, l'article 10 lui permet de choisir les pouvoirs qu'il désire.

(11) Crim., 16-8-1862, B. 212 (autorisation d'effectuer des saisies dans un bureau de poste).

(12) Crim., 19-1-1866, B. 22 ; D.P. 1867.I.505.

juridictionnel, et ne requiert pas le même formalisme puisqu'il ne possède pas d'effets aussi graves pour la liberté et les biens du prévenu.

Ainsi, seuls les actes d'instruction peuvent être accomplis par le préfet, à l'exclusion de tout acte juridictionnel (le juge d'instruction disposait de pouvoirs juridictionnels depuis la loi du 17 juillet 1856).

La position adoptée par la Cour de cassation encourut des critiques très vives. De nombreux avocats adhèrent à une consultation fournie par M^e Gigot, avocat aux conseils (13). Il n'est pas tant question de remettre en cause le principe de l'attribution de pouvoirs aux préfets que d'instituer des garanties et des limites. La garantie devrait normalement découler de la rédaction d'un procès-verbal pour toute opération effectuée, et la limite aurait pour résultat de confier au plus tôt à la justice les actes ainsi accomplis. De même, les pouvoirs du préfet devraient être exercés par lui-même et non pas confiés à des officiers de police judiciaire.

En d'autres termes, la garantie pour les citoyens proviendrait de l'exercice direct des pouvoirs par le haut fonctionnaire et la limitation aboutirait à introduire l'urgence comme condition d'ouverture des pouvoirs, les actes devant être transmis sans délai aux autorités judiciaires.

Faustin Hélie ne manqua pas de critiquer les arrêts de 1853 et de 1866, car cet auteur libéral ne pouvait admettre que les préfets disposent des pouvoirs mêmes des juges d'instruction (14).

355. — Malgré l'importance des critiques, la Cour de cassation poursuit son interprétation de l'article 10 C.I.C. Le 12 mai 1887 (15), il est affirmé à nouveau que le préfet de police est investi de toutes les attributions du juge d'instruction, ce qui l'autorise à procéder à toutes saisies indispensables à la manifestation de la vérité. Il est intéressant de noter que cette dernière affaire, à la différence des précédentes, n'avait pas trait à une infraction politique (crimes ou délits contre la sûreté de l'Etat). Le préfet avait usé de ses pouvoirs pour effectuer une saisie sur des tonneaux de vin et prescrire une expertise. La position de la jurisprudence est donc très nettement établie en faveur de l'assimilation des préfets aux juges d'instruction (16).

§ 2. — Les réformes apportées au texte du Code d'instruction criminelle.

356. — Les auteurs, conscients du danger que représentait une telle disposition, s'efforçaient de subordonner les pouvoirs des préfets

(13) Voir la note anonyme au D. 1867.I.505.

(14) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome III, n° 1214.

(15) Crim., 12-5-1887, B. 180.

(16) Voir aussi Crim., 15-2-1918, B. 42 (saisie par l'autorité militaire dans l'hypothèse de l'état de siège).

à certaines conditions (17). L'hostilité de la jurisprudence d'une part, le mouvement d'inspiration libérale qui se développa pendant tout le premier quart du ^{xx}^e siècle d'autre part, devaient porter le débat devant les instances législatives. Deux lois en résultèrent : celle du 7 février 1933 et celle du 25 mars 1935. La préparation de la deuxième guerre mondiale entraîna une nouvelle rédaction de l'article 10 uniquement pour la durée des hostilités.

A. — LA LOI DU 7 FÉVRIER 1933.

357. — La première offensive menée à l'encontre de l'article 10 émana de la Commission extra-parlementaire chargée d'étudier la réforme de la procédure préparatoire, en 1878. L'abrogation pure et simple de ce texte était suggérée. Ce projet ne fut pas retenu à l'époque.

En 1901 s'ouvrit un débat général devant la Société des prisons (18). Les deux opinions contraires, suppression et maintien, furent exposées. En réalité, les avis étaient partagés en sorte que le professeur Larnaud, dans son rapport, souhaitait seulement une amélioration de la rédaction de ce texte. M. le professeur Hugueney devait présenter un rapport sur l'article 10 devant la même société en 1927 (19).

Le gouvernement, toutefois, prenait l'initiative de l'abrogation expresse dans le projet soumis au sénat en 1909. L'on s'étonna de trouver un tel article qui constitue la négation absolue du principe de la séparation des pouvoirs, et détruit toutes les garanties instituées par les lois pénales. L'article 10 trouva, devant le sénat en 1922, un certain nombre de partisans qui craignaient une paralysie de la police, notamment en ce qui concernait la sûreté extérieure de l'Etat. L'intervention personnelle du garde des Sceaux devait déterminer le vote et l'article 10 se trouva supprimé du Code d'instruction criminelle (20).

Les préfets, désormais, ne disposèrent plus de pouvoirs de police judiciaire. Il leur restait la possibilité ouverte à l'article 29 C.I.C. de donner avis sur-le-champ au procureur de la République de toute infraction qui leur aura été révélée dans l'exercice de leurs fonctions. Le ministère public pourra alors agir en vue de la répression de ces infractions. En 1933, il semblait que les attributions des préfets étaient des dispositions anachroniques, justifiées en 1808 par l'état de faiblesse des corps judiciaires.

(17) Outre F. HÉLIE, mentionnons ROUX, « Cours de droit criminel », Tome II, § 12 (pouvoirs subsidiaires — personnels — du moment que l'infraction est établie et soumission à la loi de 1897). *Contra* : GARRAUD, *op. cit.*, II, n° 705 ; VIDAL et MAGNOL, n° 781-4.

(18) Voir Revue pénitentiaire, 1901, notamment p. 216 et p. 678.

(19) HUGUENEY, « L'article 10 C.I.C. », in Etudes criminologiques, 1927, p. 2. Voir aussi les travaux de la Société d'Etudes législatives, Bull. de la Soc. d'Etudes législatives, 1927, pp. 96 et 157.

(20) Loi du 7-2-1933 ; commentaire de M. LELOIR, D.P. 1933.4.67.

358. — Les événements devaient se charger de démontrer l'utilité des pouvoirs des préfets. Des troubles à caractère politique ayant surgi, les préfets se trouvèrent désarmés pour briser les émeutes. C'est ainsi qu'au moment des événements de février 1934, un préfet recourut à une saisie par voie administrative. Cette affaire donna lieu au célèbre arrêt de droit administratif « Action Française » (21). Le commissaire du gouvernement Josse ne manqua pas de rapprocher cette affaire avec les solutions admises antérieurement sous l'empire de l'article 10 C.I.C. (22). En l'absence de pouvoirs spéciaux pour les préfets, le tribunal des conflits devait considérer cette mesure administrative comme une voie de fait (23).

Le préfet, titulaire des pouvoirs de police administrative, peut avoir besoin, dans certaines hypothèses, de pouvoirs de police judiciaire en raison de l'urgence et en vue d'assurer le bon ordre public. Tel est l'enseignement de la loi du 7 février 1933, qui dès 1934 fit l'objet d'un projet de modification. Les travaux des Assemblées aboutirent à la loi du 25 mars 1935.

B. — LA LOI DU 25 MARS 1935 (24).

359. — On ne voulut pas revenir sur le principe adopté en 1933 et rétablir l'article 10 dans sa rédaction primitive. Pour éviter les abus possibles, le domaine des pouvoirs était limité tandis qu'était ébauché un système de garanties.

1. — *Le domaine limité.*

Suivant les opinions avancées par la doctrine, tout en même temps qu'il s'inspirait des hypothèses pratiques d'intervention du préfet (25), le projet gouvernemental rétablissait les pouvoirs des préfets uniquement en matière de crimes et délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat. Malgré certaines oppositions, ce projet fut finalement adopté par les Assemblées.

Il n'est pas sans intérêt de noter que les rédacteurs du projet du C.I.C. admettaient également certaines attributions aux préfets relativement aux complots ou aux conspirations.

En dehors de la limitation relative aux infractions, l'article 10 comportait la mention de l'urgence. Ce n'est plus d'une manière générale que le préfet peut intervenir, mais seulement en raison de l'impossibilité d'intervention d'une autorité judiciaire.

(21) Tribunal des conflits, 8-4-1935 ; D.P. 1935.3.25 ; conclusions de M. Josse ; note de M. Waline ; S. 1935.3.76.

(22) Tribunal des conflits, 25-3-1889 ; D.P. 1890.3-65.

(23) Ultérieurement, le conseil d'Etat considérera qu'il y a détournement de procédure : cf. 24-6-1960, J.C.P. 1960.II.11743 ; D. 1960.744.

(24) Loi du 25-3-1935 ; commentaire de LEOIR, D.P. 1936.4.21.

(25) Parmi la jurisprudence présentée, une seule espèce n'intéresse pas les infractions politiques (Crim., 12-5-1887, B. 180).

Bien qu'aucune jurisprudence n'ait déterminé ce qu'il fallait entendre par « urgence », il semble qu'un rapprochement soit à opérer avec la notion de flagrance. L'urgence résulte des nécessités actuelles de la constatation de l'infraction. Le préfet averti d'une infraction n'a pas le temps de prévenir l'officier du ministère public : le complot est actuel et le préfet peut procéder immédiatement à des actes qui ne seront que les préliminaires de l'instruction.

Le champ d'investigation du préfet est ainsi restreint quant aux infractions et quant aux conditions d'ouverture des pouvoirs ; la loi du 25 mars 1935 a tenu en même temps à ébaucher un système de garanties.

2. — *Les garanties.*

360. — Dans le dessein d'éviter l'utilisation des pouvoirs à des fins autres que judiciaires, la loi de 1935 a instauré certaines formes qui doivent être respectées par le préfet et par la personne déléguée par le préfet.

L'alinéa 2 de l'article 10 C.I.C. dispose, à cet égard, que le préfet doit avertir le procureur de la République et lui transmettre les pièces dans les 24 heures.

En réalité ce texte était mal rédigé. Il n'était pas indiqué de délai pour l'avis à donner au procureur de la République. Aussi estimait-on que l'avis et la transmission des pièces devaient intervenir dans les 24 heures qui suivaient la cessation des pouvoirs particuliers. Cette interprétation se fondait sur l'exégèse du texte prévoyant la simultanéité des opérations. Telle n'était pas l'intention du législateur, qui entendait limiter la durée des pouvoirs exceptionnels à 24 heures (26). De plus, cette garantie n'étant pas assortie d'une nullité textuelle risquait fort de demeurer lettre morte. Un résultat analogue est obtenu pour la deuxième esquisse de garantie.

L'article 10, dans son troisième alinéa, institue une obligation pour toute personne requise par le préfet d'en donner avis immédiatement au procureur de la République. L'imprécision de cette disposition mérite d'être soulignée. Le texte indique « sans délai ». Normalement, l'avis devrait être donné avant l'utilisation de la délégation de pouvoirs. La pratique s'instaura de n'avertir le procureur de la République qu'après l'utilisation des pouvoirs, car souvent la mission donnée par le préfet a un but préventif et non pas répressif. L'officier de police judiciaire prévenait le ministère public après l'exercice effectif d'une délégation préfectorale.

361. — Le système de garanties qu'avait tenté d'établir la loi du 25 mars 1935 était donc illusoire. Les préfets, en fait, disposaient d'une totale liberté d'action puisque aucune sanction n'était attachée

(26) Intervention du rapporteur Alcide DELMONT à la chambre des députés le 7-3-1935 ; J.O. 8-3-1935, p. 876.

au respect des formes prescrites. Des abus pouvaient être réalisés impunément. La limitation même du domaine des infractions pouvait se trouver mise en cause, car de nombreuses infractions politiques sont proches des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat sans en faire partie (27).

Le texte de la loi de 1935, tout en entendant limiter l'action des préfets, n'avait établi aucune garantie sérieuse, en sorte que les préfets pouvaient agir de manière inconditionnée. Cependant, ces pouvoirs apparurent trop restreints en présence de la situation exceptionnelle de l'état de guerre pour laquelle une nouvelle réglementation fut prise.

C. — LE DÉCRET-LOI DU 1^{er} JUILLET 1939.

362. — Pris en application de la loi du 11 juillet 1938, relative à l'organisation de la nation en état de guerre, le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 élargit les attributions du préfet. Ce texte, pour partie, s'inspire de la législation de 1808 et pour partie de celle de 1935.

De la législation primitive du C.I.C., le décret-loi de 1939 reprenait les cas d'ouverture. A nouveau, le préfet a compétence pour accomplir « tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir conformément à l'article 8 C.I.C. ». Le préfet est donc investi de tous pouvoirs pour la recherche et la constatation de toutes les infractions, même en matière économique ou de réglementation des prix.

Par ailleurs, le système de garanties est emprunté à la législation de 1935. Quand le préfet utilise les pouvoirs de l'article 10, il doit en aviser le procureur de la République et lui transmettre les pièces. Au lieu du délai de 24 heures, le décret prévoit un délai de trois jours pour l'accomplissement de ces formalités. Les officiers de police judiciaire requis par le préfet seront tenus également de prévenir le procureur de la République, sans délai.

Ainsi, par rapport à la législation primitive du C.I.C., le décret-loi de 1939 apporte une ébauche de garanties. Mais nous avons déjà montré le caractère illusoire de ces garanties, et il est facile de comprendre qu'elles n'ont pu apporter aucune certitude aux justiciables, surtout à une époque troublée.

Le tribunal correctionnel du Vigan, par un jugement du 2 février 1943 (28), devait constater l'imprécision des textes. Le point de départ du délai de l'obligation contenue à l'article 1 al. 2 du décret-

(27) Cette affirmation était exacte avant la modification du Code pénal due à l'ordonnance du 4-6-1960, qui a recomposé toute cette matière. Voir BESSON, « Panorama des réformes pénales », D. 1960, chron. p. 161. Notons, au demeurant, que la notion d'infraction politique n'est pas tellement définie en droit positif.

(28) Tribunal correctionnel, LE VIGAN, 2-2-1943 ; J.C.P. 1943.II.2171 ; idem VIDAL et MACNOL, 9^e éd., Tome II, n^o 781.

loi de 1939 n'est pas indiqué, en sorte qu'il est possible d'envisager soit le jour de la décision du préfet, soit le jour de l'exécution des actes. Par ailleurs, aucune sanction n'est prévue.

363. — Cependant, si l'utilisation des pouvoirs par le préfet n'est pas assortie de garanties véritables, il a toujours été admis que seul le préfet en était titulaire. C'est ce qu'il résulte d'un arrêt du conseil d'Etat en date du 2 décembre 1953 (29) relatif à l'incarcération d'un individu par un sous-préfet. La juridiction administrative se reconnut compétente, car la détention illégale ne pouvait d'aucune façon être rattachée au service ou à l'administration de la justice judiciaire (30) (l'utilisation de l'article 10 C.I.C. relève de la connaissance de tribunaux judiciaires).

Ainsi les garanties édictées n'ont pas répondu aux espoirs que l'on mettait en elles. Cependant, c'est au cours de cette période que la Cour de cassation commença à se montrer exigeante à propos des délégations de pouvoirs. Le premier arrêt relatif à l'interdiction des commissions rogatoires générales date du 9 juin 1943 (31) et concerne les délégations des préfets. Le préfet, agissant en vertu de l'article 10 C.I.C., est tenu d'observer les règles relatives aux délégations judiciaires.

Avec la fin des hostilités, le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 ne trouva plus application, et les préfets disposèrent seulement des pouvoirs prévus à l'article 10, tel qu'il résultait de la loi de 1935. Cette situation devait durer jusqu'à la mise en application du Code de procédure pénale.

§ 3. — Le Code de procédure pénale.

364. — La préparation d'un Code de procédure pénale devait, à nouveau, permettre l'examen théorique des problèmes soulevés par l'attribution de pouvoirs aux préfets. Avant de présenter la solution adoptée par le Code, nous examinerons quelques-unes des discussions qui furent présentées lors de l'élaboration du Code.

A. — LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES.

365. — Les pouvoirs des préfets, si souvent décriés, auraient dû, normalement, être supprimés. En fait, la Commission d'études pénales législatives les conserva car il est des hypothèses où le ministère public n'oserait pas agir. Par ailleurs, le préfet organe du pouvoir central, a la charge de veiller à l'ordre public. Sa mission de préven-

(29) Conseil d'Etat, 2-12-1953 ; Recueil, p. 523.

(30) Le conseil d'Etat devait rejeter la demande de l'intéressé en raison de circonstances exceptionnelles justifiant la décision du sous-préfet.

(31) Crim., 9-6-1943, B. 50 ; J.C.P. 1943.II.2422, note H.V.

tion peut avoir besoin parfois de pouvoirs répressifs. Un texte plus précis que l'ancien fut rédigé, et les garanties étaient affirmées par l'édiction d'une sanction : la nullité des actes.

Le gouvernement déposa ce projet devant le conseil de la République, en changeant seulement la durée d'utilisation des pouvoirs exceptionnels (48 heures au lieu de 24 heures).

La commission du Conseil de la République reprit la durée de 24 heures. Au cours des débats (32), un sénateur proposa d'attribuer des délais allongés en matière de sûreté de l'Etat tant à propos des pouvoirs des préfets qu'en matière d'enquête préliminaire (33). Le gouvernement rappela que son texte primitif comportait cette disposition, mais que la solution de la commission était le résultat d'une transaction, et il ne pensait pas devoir revenir sur ce texte. L'amendement maintenu fut toutefois repoussé par les sénateurs. Les pouvoirs des préfets en matière de police judiciaire étaient donc reconnus nécessaires par les sénateurs. Mais un nouvel assaut allait se dérouler à l'Assemblée nationale (34).

Les premiers amendements proposés réclamaient la suppression totale de ces pouvoirs. M. Péron traça l'origine et l'histoire de l'article 10 C.I.C., en ne manquant pas de souligner les imperfections qui, en fait, autorisaient toutes sortes de mesures par suite de l'imprécision des infractions. Il démontra également la portée beaucoup plus politique que judiciaire des pouvoirs du préfet, utilisés principalement pour les saisies de journaux. En définitive, ces attributions paraissaient constituer une atteinte trop grave à la liberté individuelle, surtout dans la mesure où les autorités judiciaires se croient obligées de suivre les décisions prises par les autorités administratives.

366. — Néanmoins, la commission de la justice estima nécessaire de maintenir de tels pouvoirs, puisque le projet présentait des garanties supplémentaires. M. Brocas les énuméra. D'une part, la saisine du préfet est subordonnée à deux conditions : son intervention ne peut avoir lieu s'il a connaissance que l'autorité judiciaire est déjà saisie, et dès l'utilisation de ces pouvoirs, il doit avertir immédiatement le procureur de la République (35). D'autre part, à l'achèvement de la procédure, les documents saisis et les procès-verbaux doivent être transmis ainsi que les personnes appréhendées, et l'obligation

(32) Conseil de la République, séance du 19-6-1956.

(33) Cette solution devait être introduite dans notre droit positif par l'ordonnance 60-121 du 13-2-1960.

(34) Assemblée nationale, séance du 26 juin 1957.

(35) Nous avons montré suffisamment que, sous l'empire de la loi de 1935, jurisprudence et pratique administrative considéraient que le point de départ du délai était le moment de l'achèvement des opérations.

d'aviser le procureur de la République est prescrite à toute personne recevant une délégation du préfet. Le garde des Sceaux rappela à ce propos que le texte retenu était le résultat d'une transaction et qu'il n'entendait pas faire de nouvelles concessions.

M. P. Cot relaya M. Péron pour critiquer le projet. M. Cot fit principalement valoir que les moyens de communication étaient plus rapides et mieux développés en 1957 qu'en 1808. Dans ces conditions, il lui apparaissait que le préfet pouvait fort bien prévenir le procureur de la République au moyen du téléphone, sans qu'il soit nécessaire de lui attribuer des pouvoirs de police judiciaire (36). Cet argument n'emporta pas la conviction de l'assemblée. Un nouvel amendement fut alors présenté tendant à ce que le préfet n'utilise pas personnellement ses pouvoirs. L'activité du préfet se bornerait à la réquisition des officiers de police judiciaire, pour « laisser agir ceux dont c'est le métier ». Cette délégation du préfet représentait, dans l'esprit de M. Cot, une garantie pour les justiciables.

Le ministre de l'Intérieur lui répondit que le préfet devait demeurer uniquement au stade de la police judiciaire, sans devenir une sorte de magistrat de l'ordre judiciaire (37). L'amendement, dans ces conditions, paraissait trop subtil : pourquoi, en effet, limiter les pouvoirs à la seule initiative sans permettre l'accomplissement personnel des actes ? Du point de vue de la théorie juridique, il était, pour le moins, étrange qu'une personne ait l'initiative d'actes qu'elle ne peut exécuter elle-même (38). M. Cot fit encore observer que le préfet ne savait pas constater. Mais, en pratique, le préfet agit rarement lui-même. En réalité, cet amendement tendait comme le premier à l'exclusion de tout pouvoir au bénéfice des préfets. L'Assemblée nationale ne fut pas dupe de cette manœuvre et rejeta à nouveau l'amendement.

Le principe des pouvoirs des préfets était, donc, acquis. Un amendement fut alors présenté en vue d'instaurer la responsabilité personnelle du préfet. M. Dreyfus-Schmidt demandait que le préfet soit directement poursuivable chaque fois que l'utilisation des pouvoirs de l'article 30 n'aurait pas été suivie d'un réquisitoire du procureur de la République ou aurait fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu. De cette manière, le préfet ne serait pas tenté d'abuser des pouvoirs que lui conférait la loi. La commission repoussa la demande d'amendement présentée par M. Dreyfus-Schmidt, car elle estimait que le principe d'une responsabilité personnelle devait être écartée, la seule responsabilité possible devant résulter de l'application des principes

(36) M. Cor montra ce qu'il y avait de choquant à ce qu'un préfet utilise personnellement les attributions légales.

(37) L'amendement de M. Cor établissait un parallèle entre le préfet et le juge d'instruction, tous deux décernant des commissions rogatoires quand ils ne peuvent accomplir personnellement certains actes.

(38) Il n'aurait pu s'agir d'une véritable délégation, car l'on ne peut donner ce que l'on a pas (*nemo dat quod non habet*).

du droit administratif. L'amendement fut repoussé et l'article 30 du Code de procédure pénale devait être adopté sans autre discussion (39).

B. — L'ARTICLE 30 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE
ET LES MODIFICATIONS ULTÉRIEURES (40).

367. — Le texte résultant des travaux parlementaires, promulgué le 31 décembre 1957 ne devait subir aucune modification lors de la première révision du Code, le 23 décembre 1958. Des événements politiques survenus en 1960 allaient déterminer une modification du texte de l'article 30 C.P.P., tandis que certaines mesures temporaires étaient édictées (41). L'institution d'une juridiction permanente chargée de juger les atteintes à la sûreté de l'Etat a entraîné une nouvelle modification de l'article 30 (42).

1. — *La rédaction primitive du Code de procédure pénale.*

368. — Comme par le passé, depuis la loi de 1935, le préfet vit ses attributions limitées aux seules hypothèses de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. De même, seuls les préfets des départements et le préfet de police à Paris disposent de ces attributions, mais de nombreuses limitations sont prévues, tant pour les conditions d'ouverture que pour l'exécution de ces pouvoirs.

Le préfet ne peut utiliser ses attributions de manière inconditionnée, deux conditions doivent être réunies : l'urgence et l'absence de saisine des autorités judiciaires.

Ces deux notions paraissent, toutefois, assez peu précises. L'urgence n'est pas définie. Quand y aura-t-il urgence ? Ce terme est d'une compréhension plus large que la flagrance. Chaque fois qu'il y a flagrance, les constatations à effectuer seront motivées par l'urgence. L'urgence pourra résulter de la découverte d'un indice nouveau relatif à une infraction consommée depuis longtemps. La notion d'urgence est beaucoup plus étendue que la flagrance, et il appartiendra aux tribunaux d'apprécier si dans telle espèce, il y a réellement urgence.

Par ailleurs, la formule prévoyant que le préfet ne pourra utiliser ses pouvoirs que s'il n'a pas connaissance que l'autorité judiciaire soit déjà saisie ne paraît pas très utile. En effet, il n'est nullement précisé par quel moyen le préfet peut avoir connaissance qu'une information judiciaire soit en cours. Suffirait-il que sa connaissance résulte d'une

(39) Nous avons tenu à présenter ces travaux préparatoires, car ils témoignent de l'esprit du législateur, ce qui nous sera utile ultérieurement.

(40) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 401 à 409, 3^e éd., II, n^{os} 286 à 293.

(41) L'ordonnance 60-121 modifie de manière permanente l'article 30 C.P.P. L'ordonnance 60-123 apporte dérogation temporaire à ce nouvel article 30, dérogation prorogée par une ordonnance du 31-1-1961. Enfin, une décision présidentielle du 24-4-1961 a établi de nouvelles dérogations, reconduites par l'ordonnance 62-429 du 14-4-1962.

(42) Loi 63-22 du 15 janvier 1963 instituant la Cour de sûreté de l'Etat.

information mentionnée dans la presse, ou bien faudrait-il obliger tout juge d'instruction informant en matière de sûreté de l'Etat de le prévenir dès sa saisine, à moins que le préfet ne sollicite ce renseignement des divers parquets, par voie téléphonique ?

Il nous semble qu'aucune de ces distinctions ne puisse véritablement être retenue. Il ne saurait être question d'exiger du magistrat instructeur qu'il prévienne le préfet de sa saisine. D'autre part, une simple rumeur de la presse n'établit qu'une présomption, et le préfet a besoin d'une certitude pour que son inaction ne soit pas constitutive de faute. Enfin demander aux différents parquets s'il n'existe pas de poursuites judiciaires, cela demande du temps, or il s'agit d'une affaire urgente.

En définitive, l'urgence prime la deuxième condition. D'ailleurs, en pratique, le préfet agit alors que les autorités judiciaires ne sont pas encore saisies, car en matière d'infractions à caractère politique, les magistrats se montrent souvent timides (43).

369. — Dans l'exercice des pouvoirs, de nombreuses prescriptions viennent limiter l'action des préfets.

Quand le préfet utilise les pouvoirs de l'article 30, il est tenu d'aviser au plus tôt le procureur de la République. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, nous avons montré l'imprécision du point de départ du délai. En utilisant le terme « au plus tôt », les rédacteurs du Code de procédure pénale ont désiré éviter toute ambiguïté, en sorte que le préfet devra prévenir, dès le début de l'utilisation des pouvoirs, le magistrat du ministère public.

D'autre part, les pouvoirs du préfet sont limités dans le temps. De manière implicite, cela résulte de l'urgence. Si l'urgence justifie certaines constatations, il convient qu'au plus tôt les personnes normalement compétentes retrouvent le plein exercice de leurs fonctions. Le préfet est donc tenu de transmettre à l'autorité judiciaire tous les documents réunis, dans le délai de 24 heures, suivant l'ouverture des opérations. Les personnes appréhendées doivent être conduites également devant l'autorité judiciaire. Il s'agissait là d'une innovation importante, et cela d'autant plus que le point de départ du délai (l'ouverture des opérations) était précisé.

De même lorsque le préfet ne désire pas intervenir personnellement, la matière des délégations a fait l'objet d'une réglementation minutieuse (44). Pour éviter les abus qui pourraient résulter de prétendues réquisitions orales, la loi a prescrit que les réquisitions du

(43) Peut-être est-ce dû au fait que cette catégorie de délinquants ne peut faire l'objet d'un véritable traitement pénal.

En pratique, le préfet agit en l'absence de saisine des autorités judiciaires. Voir ainsi Alger, 9-11-1951 ; J.C.P. 1952.II.7081, note Colombini.

(44) Certains auteurs parlent de commissions rogatoires à ce propos (cf. LEFEBVRE, « Les commissions rogatoires », Thèse, Paris, 1961, p. 77). En réalité, c'est prendre parti sur la nature des actes effectués par les préfets.

préfet soient écrites. De cette manière, la preuve de l'existence de la délégation pourra toujours être effectuée. Par ailleurs, toute personne qui aura reçu une réquisition du préfet est tenue d'en donner avis au procureur de la République. Cet avis devra avoir lieu sans délai, c'est-à-dire que l'officier de police judiciaire le donnera avant de procéder à un acte.

Cette obligation est le corollaire de celle prescrite au préfet : de cette manière, les autorités judiciaires auront connaissance de l'utilisation des pouvoirs spéciaux du préfet, ce qui leur permettra de prendre toutes mesures utiles et efficaces avant l'expiration desdits pouvoirs (45).

370. — A ces diverses obligations, la loi avait prévu une sanction très sévère. L'alinéa 3 de l'article 30 C.P.P. prévoyait que « toutes les formalités précédentes sont prescrites à peine de nullité de la procédure ».

Pour la première fois, une sanction aussi grave apportait une garantie contre l'utilisation abusive de pouvoirs particuliers. Il convient de remarquer que n'était pas visée l'obligation d'avertissement des officiers de police judiciaire requis. Cela résulte probablement du fait que cet avertissement doit être donné oralement par la voie téléphonique. L'absence de réquisitions écrites, ou l'utilisation des pouvoirs au-delà de 24 heures entraîneraient, en revanche, la nullité. Cette sanction peut paraître bien sévère, mais on ne saurait trop insister sur les avantages qu'elle procure. C'est assurément le seul procédé efficace pour assurer le respect des règles limitant l'activité du préfet. Ainsi si l'urgence n'est pas prouvée ou démontrée, ou bien si le préfet avait connaissance de la saisine des autorités judiciaires, la nullité des actes serait ordonnée, car l'activité du préfet est prévue à titre subsidiaire, pour parer à la défaillance des autorités normalement compétentes (46).

De nombreux problèmes pouvaient être posés relativement à la nullité des actes. Parmi ceux-ci figuraient l'autorité compétente pour la prononcer, et les effets de la nullité. On pouvait considérer que la nullité serait prononcée par la chambre d'accusation, chargée de veiller à la régularité des procédures. Mais cette intervention a lieu bien tard. D'un autre côté, il n'était pas admissible que ce contrôle émanât du ministère public. Le procureur de la République ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel et l'annulation doit provenir d'une autorité juridictionnelle. Le juge d'instruction, enfin, n'est plus qualifié pour faire recommencer les actes de la police judiciaire, à plus forte raison ne peut-il prononcer la nullité d'un acte accompli par le préfet. La

(45) Ainsi le ministère public pourra requérir l'ouverture d'une information et le juge d'instruction prolongera l'action du préfet.

(46) Seule l'obligation d'avertissement du procureur de la République par l'officier de police judiciaire requis n'était pas assortie de la nullité. A la vérité, cela ne s'imposait pas, puisque le préfet devait le faire, à peine de nullité de la procédure.

seule manière de procéder consistera à saisir le juge d'instruction et à solliciter immédiatement l'examen de l'acte par la chambre d'accusation, comme s'il s'agissait d'un acte d'instruction. De cette façon, aucun grief de retard ne peut être invoqué.

Si l'acte est annulé, il ne pourra plus servir de fondement à des poursuites pénales. Il est possible de se demander si, du point de vue de la responsabilité civile, le préfet pourrait être condamné. Au cours des débats devant l'Assemblée nationale, un amendement avait été proposé pour rappeler que le préfet mettait en jeu sa responsabilité, mais il n'avait pas été retenu. Il serait toutefois possible de s'adresser aux tribunaux, car le non-respect des formes légales atteste une faute grave.

A la vérité, ces questions relatives à la nullité ont pu, pendant un temps, présenter un pur intérêt théorique, car moins d'un an après sa mise en application, l'article 30 C.P.P. devait subir de profondes modifications.

2. — La rédaction de l'article 30 C.P.P. selon l'ordonnance du 13 février 1960.

371. — Les événements qui se produisirent à Alger au cours de la dernière semaine de janvier 1960 amenèrent le vote de la loi du 4 février 1960, autorisant le gouvernement à utiliser des pouvoirs spéciaux. Le premier texte faisant application de ces pouvoirs spéciaux est l'ordonnance 60-121 du 13 février 1960, modifiant certains articles du Code de procédure pénale « en vue, notamment, de faciliter la poursuite des infractions à la sûreté de l'Etat ». Parmi ces articles, figure l'article 30.

Si les pouvoirs des préfets sont toujours cantonnés aux seules infractions relatives à la sûreté de l'Etat (47), une des deux conditions d'ouverture a disparu actuellement. Seule l'urgence se trouve mentionnée, tandis que l'absence de la connaissance de la saisine des autorités judiciaires est supprimée (48). Nous avons montré précédemment que cette formule aurait été difficile à interpréter et qu'en définitive elle se résumait dans la notion d'urgence. Cette seule condition suffit à montrer le caractère subsidiaire des pouvoirs du préfet.

Plus importante est la modification apportée dans la durée d'utilisation des pouvoirs. Au lieu du délai de 24 heures, le préfet dispose de 48 heures. Le préfet a la possibilité de garder une personne à vue durant ce délai. Le texte de 1957 n'avait pas eu besoin de mentionner la garde à vue, puisque la privation de la liberté était toujours inférieure à 24 heures.

(47) C'est-à-dire aux infractions prévues aux articles 70 à 103 du Code pénal (rédaction due à l'ordonnance du 4 juin 1960). Voir le commentaire de M. Viru, J.C.P. 1960.I.1578 (pour les pouvoirs des préfets, n°s 123 à 127).

(48) Voir les observations de MM. Stefani et Levasseur, II, n° 289.

En étendant la durée de la saisine du préfet, la garde à vue se trouvait en même temps accrue, et il importait de régler le point de savoir si une nouvelle garde à vue serait possible dans le cadre d'une enquête judiciaire. L'ordonnance du 13 février 1960 a tranché cette question en affirmant que les pouvoirs du préfet ne font pas obstacle aux attributions normales des autorités judiciaires (art. 30 al. 3). Toutefois, pour éviter que les arrestations provisoires ne durent trop longtemps, l'alinéa 4 de l'article 30 précise que « la personne appréhendée ne pourra être retenue plus de 96 heures à compter de son arrestation ». En d'autres termes, la durée totale de la garde à vue ne peut être supérieure à celle qui aurait résulté de l'exercice normal des attributions de la police judiciaire (en matière d'enquête préliminaire, l'article 77 al. 3 permet une garde à vue de 96 heures) (49).

372. — Notons que, temporairement, les pouvoirs des préfets ont été accrus. Une ordonnance du 13 février 1960 (n° 60-123) a porté le délai de 48 heures prévu à l'article 30 al. 2 à 120 heures, sans qu'aucune autorité ne puisse prolonger ce délai. Cette disposition devait être appliquée pendant un an, mais une ordonnance du 31 janvier 1961 (n° 61-104) a lié le sort de cette dérogation au temps d'application de l'article 5 de la loi du 16 mars 1956. De plus, une décision du président de la République datée du 24 avril 1961 a étendu ce délai à quinze jours. Cette disposition était demeurée en vigueur malgré la fin des pouvoirs spéciaux de l'article 16 de la Constitution (décision présidentielle du 29 septembre 1961). L'ordonnance 62-429 prise en application de la loi 62-421 du 13 avril 1962 reprend cette extension en son article 2, en vue de la répression de certaines infractions énumérées à l'article premier, notamment pour les infractions portant atteinte à la paix publique ou à l'autorité des pouvoirs publics (50).

En revanche, le domaine des délégations préfectorales n'a pas été modifié. L'accroissement des pouvoirs des préfets à la suite de l'ordonnance du 13 février 1960 est donc notable, surtout en ce qui concerne les atteintes à la liberté individuelle. Or, parallèlement à ce renforcement des attributions, la garantie la plus efficace qui ait été accordée se trouvait supprimée. Désormais, en effet, les prescriptions de l'article 30 C.P.P. ne sont plus assorties de la nullité. Le législateur est revenu sur cette suppression, tout en même temps qu'il organisait sur des bases nouvelles l'action des préfets, par suite de la création de la Cour de sûreté de l'Etat.

(49) C'est l'ordonnance du 13-2-1960 qui a institué une procédure particulière pour les infractions à la sûreté de l'Etat (modification de tous les délais).

(50) Voir en outre l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962 et l'ordonnance 62-1041 du 1^{er} septembre 1962. Cette dernière a été abrogée par la loi 63-22 du 15 janvier 1963, instituant la Cour de sûreté de l'Etat. Voir Paris, 11-10-1962 ; J.C.P. 1962.II.12912 bis, note Chambon et Vitu, Rev. Sc. crim., 1963, p. 1.

**3. — La rédaction de l'article 30 C.P.P.
depuis les lois du 15 janvier 1963 (51).**

372 bis. — Les lois relatives à l'institution d'une Cour de sûreté de l'Etat ont parallèlement modifié les dispositions de l'article 30 C.P.P. Comme auparavant, les pouvoirs des préfets demeurent cantonnés aux infractions contre la sûreté de l'Etat. De même l'utilisation de ces pouvoirs demeure subordonnée à l'urgence des constatations, et ce pour une durée de 48 heures en temps de paix, à charge pour le préfet d'en aviser aussitôt le ministère public près la Cour de sûreté de l'Etat (art. 30 al. 2 nouveau C.P.P.) (52). Cette dernière obligation est beaucoup plus stricte que par le passé, puisque le législateur a utilisé le terme « aussitôt ». En outre le délai d'action du préfet se trouve strictement limité à 48 heures, puisqu'il commence à courir dès le début des opérations.

De cette manière, le législateur tient à assortir de garanties l'exercice, par le préfet, des attributions de police judiciaire. Mais la plus importante de celles-ci résulte principalement de la prescription selon laquelle les obligations de l'alinéa 2 de l'article 30 sont assorties de la nullité des opérations. Cette garantie essentielle, introduite par le C.P.P. s'est trouvée abrogée par suite de l'ordonnance du 13 février 1960 et on ne peut que se féliciter de son rétablissement.

Pour ne pas entraver le déroulement normal des procédures, l'alinéa 3 de l'article 30 dispose que l'utilisation par le préfet de ses attributions ne fait pas obstacle à ce que les personnes soient ensuite gardées à vue dans le cadre d'une enquête judiciaire. Mais, en ce cas, la personne appréhendée ne peut être retenue plus de dix jours à compter de son arrestation, délai maximum de la garde à vue en matière d'infractions à la sûreté de l'Etat (cf. art. 16 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

La limitation des attributions judiciaires des préfets permet d'espérer que ces pouvoirs seront utilisés à bon escient. En toute hypothèse, il faut souhaiter que les tribunaux n'hésitent pas à sanctionner toutes les violations de ces prescriptions.

SECTION II

LA QUALIFICATION DES ACTES EXECUTES PAR LE PREFET

373. — Le Code d'instruction criminelle était muet sur la nature des pouvoirs attribués aux préfets. L'article 10, de rédaction imprécise,

(51) G. LEVASSEUR, « La Cour de sûreté de l'Etat », G.P. 1963.I, Doct., p. 26 ; VUIN, J.C.P. 1963.I.1764 ; VITU, « La Cour de sûreté de l'Etat », Rev. Sc. crim., 1964, p. 1.

(52) En temps de guerre, le préfet doit aviser les autorités des forces armées investies des pouvoirs judiciaires ou, à défaut et vu l'urgence, le procureur de la République (art. 30 al. 5, nouveau C.P.P.).

renvoyait au texte de l'article 8 qui ne fut jamais beaucoup plus explicite. Deux conceptions du rôle du préfet étaient possibles : ou bien il dispose des pouvoirs d'un juge d'instruction et il accomplit des actes d'instruction, ou bien il possède des attributions de police judiciaire et il effectue des actes de police judiciaire. Tant que les attributions du préfet n'étaient limitées d'aucune manière, il semble qu'il exécutait des actes d'instruction. La limitation des pouvoirs, en revanche, tend à faire prévaloir la conception opposée.

§ 1. — La situation en l'absence de toute limitation.

374. — Les premiers commentateurs du Code d'instruction criminelle ne se trompèrent point sur le caractère exceptionnel des dispositions de l'article 10 C.I.C. Il n'est pas normal, en effet, que des fonctionnaires de l'ordre administratif s'immiscent dans le fonctionnement des services judiciaires. Le préfet, dans ces conditions, doit accomplir uniquement des fonctions de police judiciaire. Cette conception pouvait s'appuyer sur les travaux préparatoires du Code. Faustin Hélie soutenait cette opinion en estimant que l'action du préfet était soumise aux conditions prévues pour les officiers de police judiciaire (53). En d'autres termes, le préfet pouvait agir uniquement en cas de flagrant délit et ses attributions ne pouvaient empiéter sur la compétence des autorités judiciaires.

La jurisprudence ne devait pas accepter cette conception étroite du rôle du préfet. Si la chambre criminelle, par un arrêt du 23 juillet 1853 (54) essayait de délimiter les domaines respectifs de l'instruction et de la police judiciaire, les chambres réunies, en revanche, concluaient à l'assimilation des deux domaines (55). L'article 10 du C.I.C. renvoyant à l'article 8, le préfet était donc doté des mêmes pouvoirs qu'un juge d'instruction.

Une telle solution mérite d'être critiquée. Si l'on considère les préfets à l'égal des juges d'instruction, il n'y a aucune raison pour ne pas considérer que les simples officiers de police judiciaire disposent des mêmes pouvoirs. Or la jurisprudence n'a accepté l'enquête officieuse que sous certaines conditions et l'assimilation aux actes d'instruction a été reconnue uniquement quant à l'interruption de la prescription.

Peut-être la Cour de cassation s'est-elle décidée ainsi en raison de la qualité de l'auteur de l'acte, qu'on ne peut suspecter d'agir arbitrairement comme pourrait le faire un officier de police judiciaire livré à lui-même.

(53) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome III, n°s 1210 à 1213, Voir aussi Roux, Tome II, § 12 et GOUR, « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », pp. 124 à 140.

(54) Crim., 23-7-1853, B. 369 ; D.P. 1853.I.223 (consultation d'O. BARROT).

(55) Chambres réunies, 21-11-1853 ; D.P. 1853.I.279.

375. — Par la suite, la chambre criminelle a admis cette assimilation, puisque l'article 10 C.I.C. ne contenait aucune réserve (56). Police et justice se trouvent alors confondues (le juge d'instruction lui-même est membre de la police judiciaire). Toutefois, l'article 10 était plus restrictif que l'article 8 C.I.C. : il était omis le rassemblement des preuves. En d'autres termes, le préfet peut procéder aux constatations et aux arrestations d'individus, mais il ne peut mener d'enquête véritable. Déjà apparaît l'idée d'urgence qui devait être consacrée explicitement par la loi du 25 mars 1935.

En dehors de cette ébauche de limitation, il est permis de penser que les arrêts de la Cour de cassation ont voulu accorder réellement des garanties aux citoyens. A cette époque, commençaient à se développer les enquêtes officieuses et la jurisprudence n'a pas voulu tolérer d'enquête souple au profit des préfets. Dans le dessein de garantir les libertés individuelles, la chambre criminelle a soumis les actes du préfet aux mêmes règles que les actes d'instruction. Quand le préfet veut utiliser ses pouvoirs, il doit suivre les prescriptions relatives aux constats du juge, prescriptions que la loi a indiquées également pour le flagrant délit (les articles 37 à 38 sont identiques aux articles 87 et 89 C.I.C.). De cette façon, les actes vaudront actes judiciaires devant les juridictions de jugement.

Mais, en fait, la jurisprudence n'a jamais totalement assimilé le préfet au juge d'instruction, tant en ce qui concerne les actes que la personne (57).

A. — LE PRÉFET NE PEUT ACCOMPLIR TOUS LES ACTES DU JUGE D'INSTRUCTION.

376. — 1. L'article 10, comparé à l'article 8 C.I.C., révèle que le préfet n'a pas pour mission de rassembler les preuves. Il dispose seulement du pouvoir de constatation et du pouvoir d'arrestation.

A l'intérieur de cette limite, le préfet est tenu de suivre les règles tracées pour le juge d'instruction. Ainsi le préfet peut décerner des mandats destinés à faire comparaître devant lui les auteurs de l'infraction, ou peut prescrire des perquisitions.

De même la loi lui reconnaît formellement la possibilité de déléguer ses attributions à un officier de police judiciaire. Mais cette délégation doit respecter les formes prévues pour l'instruction judiciaire. Ainsi le préfet devra-t-il requérir par écrit l'officier de police judiciaire (solution implicite de l'arrêt du 19 janvier 1866). Le préfet est tenu de décrire aussi minutieusement que possible l'objet de la délégation. Les différentes mentions relatives à la personne qui devait faire l'objet de la perquisition avaient été considérées par la Cour de cassation comme « suffisantes pour en assurer la validité et la régularité ».

(56) Ainsi Crim., 16-8-1862, B. 212 ; Crim., 19-1-1866, B. 22 ; D.P. 1867.I.505.

(57) Certains auteurs considéraient que l'assimilation était totale : Roux, Tome II, § 12 ; DONNEDIEU de VABRES, n° 1073.

Faite par écrit, la réquisition permettra d'établir la légalité des opérations, à la différence des actes de l'enquête officieuse pour lesquels le consentement de l'intéressé est nécessaire. Comme en matière d'instruction, la délégation ne doit pas revêtir de forme vague, ce qui aurait pour résultat de confier à la libre appréciation de l'agent délégué, l'inviolabilité du domicile de l'ensemble des citoyens. Telle est la solution donnée le 9 juin 1943 (58) par la Cour de cassation à propos de l'application du décret-loi de 1939 rétablissant les pouvoirs du préfet dans une forme aussi large qu'en 1810.

377. — Le préfet est donc tenu d'observer les règles prévues pour le juge d'instruction. L'article 10 lui reconnaissant le droit de livrer les auteurs de l'infraction aux tribunaux, on admettait que le préfet avait la possibilité de décerner des mandats. En réalité, seuls les mandats de comparution et d'amener sont possibles puisqu'ils servent à un acte d'instruction : l'interrogatoire.

Ce dernier acte, bien qu'il ne soit pas prévu formellement, est cependant possible. Du fait même que le préfet peut procéder à une arrestation, même provisoire (59), il doit interroger au plus tôt la personne appréhendée. Tous les auteurs reconnaissent cette faculté au préfet (60). La Cour de cassation devait confirmer ce point de vue, par un arrêt de la chambre civile du 3 août 1874 (61). Dans cette affaire, la responsabilité personnelle du préfet a été retenue à la suite de la détention prolongée d'un individu. La détention, intervenue à la suite d'un mandat d'amener, avait duré dix jours sans qu'il ait été procédé à un interrogatoire. La chambre civile estima que le préfet avait commis une faute en ne respectant pas les règles du C.I.C. relatives au mandat d'amener.

L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 modifiant certaines formes de l'instruction préparatoire a-t-elle réagi sur les attributions des préfets ?

Si le préfet est assimilé à un juge d'instruction, nul doute qu'il doive respecter les diverses formalités de cette loi (62). En revanche, certains auteurs refusaient l'application de la loi de 1897 aux actes accomplis par le préfet. Garraud pense, notamment, que le préfet peut interroger sans avoir à tenir compte des formes nouvelles introduites par la loi de 1897 (63).

A notre avis, cette interprétation est condamnable, puisque la jurisprudence a précisément étendu les formes applicables à l'instruction en vue de garantir les libertés individuelles. C'est, donc, dans

(58) Crim., 9-6-1943 ; J.C.P. 1943.II.2422.

(59) Par l'intermédiaire du mandat d'amener, la personne peut être retenue 24 heures dans la maison d'arrêt.

(60) Ainsi GARRAUD, Tome II, n° 705, p. 571 ; DONNEDIEU de VABRES, n° 1073 ; ROUX, Tome II, § 12.

(61) Civ. 3-8-1874 ; S. 1876.I.193.

(62) En ce sens ROUX, *op. cit.*, II, § 12.

(63) GARRAUD, *op. cit.*, Tome II, p. 571, n° 705.

la seule mesure où le préfet procèderait dans un cas prévu à l'article 7 de la loi de 1897, que les formalités particulières ne seraient pas applicables. En pratique, aucune jurisprudence n'a été rendue relativement à cette question. Il n'en a pas été de même relativement à l'utilisation des pouvoirs de juridiction.

378. — 2. Pour certains auteurs (64), l'activité du préfet peut avoir pour champ d'application tout le domaine de l'instruction préparatoire. Notamment, le haut fonctionnaire aurait la possibilité de décerner des ordonnances. Dans ces conditions, le préfet pourrait mener toute la procédure et même rendre une ordonnance de renvoi. Cette opinion nous paraît excessive, car elle aboutit à conférer au préfet des attributions parallèles à celles des autorités judiciaires.

De surcroît, la jurisprudence n'a jamais admis une telle conception. Par un arrêt du 19 janvier 1866 (65), la Cour de cassation déclarait qu'un préfet ne pouvait valablement décerner un mandat d'arrêt, à la différence des mandats de perquisition. Le mandat d'arrêt, en effet, « constitue un acte de juridiction qui n'a aucune analogie avec l'ordre de rechercher dans le domicile d'un tiers les preuves d'un crime ou d'un délit » (66).

S'il n'est pas possible à un préfet de rendre certaines décisions juridictionnelles qui, normalement, sont prises en cours d'instruction, il apparaît qu'il est impossible à ce personnage de mener l'enquête complètement. Ainsi, le préfet dispose seulement des attributions nécessaires à la recherche et à la constatation des infractions.

379. — Puisque les pouvoirs de juridiction ne lui sont pas reconnus, le préfet peut agir seulement pendant un temps et le dossier sera remis à un juge pour qu'il soit statué sur la suite à accorder à l'affaire (67). Il est possible de considérer qu'à ce moment le juge d'instruction pouvait utiliser la procédure de l'article 60 C.I.C. : les actes n'étant pas son œuvre personnelle, il est normal qu'il exerce un certain contrôle avant de les admettre dans sa procédure.

Ainsi l'assimilation du préfet et du juge d'instruction relativement aux actes qu'ils peuvent accomplir est loin d'apparaître aussi complète que le croyaient les auteurs. Le fossé entre les deux personnages est encore plus grand si l'on examine leur statut personnel.

B. — LE PRÉFET N'EST PAS UN JUGE D'INSTRUCTION.

380. — Le préfet, dans l'exécution de ses attributions judiciaires, n'est pas soumis aux obligations prévues pour le juge; en contre-

(64) DONNEDIEU de VABRES, *Traité*, pp. 604 et 605.

(65) *Crim.*, 19-1-1866 ; D.P. 1867.I.505.

(66) A notre avis, le préfet n'aurait pu décerner un mandat de dépôt, car ce dernier mandat est aussi un acte juridictionnel, puisqu'il prévoit la mise en détention de l'inculpé.

(67) Ainsi Alger, 9-11-1951 ; J.C.P. 1952.II.7081, note Colombini.

partie, son activité se conforme à un régime différent de responsabilité.

1. — *Non-soumission aux obligations du juge.*

Le juge d'instruction, en qualité d'officier de police judiciaire, était soumis au contrôle hiérarchique du procureur général. L'article 279 C.I.C. chargeait ce magistrat de veiller à l'activité des différents officiers de police judiciaire y compris le juge d'instruction (l'alinéa 1^{er} tient à apporter cette précision). D'autre part, tous ceux qui sont appelés à effectuer des actes de la police judiciaire sont, sous ce rapport uniquement, soumis à la même surveillance. Le préfet toutefois est exempt de ce contrôle, puisque l'article 279 vise le personnel administratif de l'article 9. C'était, d'ailleurs, pour le soustraire au contrôle du procureur général que les rédacteurs du Code d'instruction criminelle n'avaient pas reconnu au préfet la qualité d'officier de police judiciaire.

Ainsi le préfet ne pouvait relever du contrôle du procureur général, pas plus qu'il ne pouvait faire l'objet des avertissements de la cour d'appel (art. 281 C.I.C.). En revanche, le préfet ne bénéficie pas du même régime de responsabilité.

2. — *Le régime différent de mise en œuvre de la responsabilité.*

381. — Le juge d'instruction est un magistrat du siège. Comme tel, sa responsabilité résulte de la mise en œuvre de la procédure minutieuse de la prise à partie (art. 505 et ss. du Code de procédure civile). En instituant ce mécanisme complexe, la loi a voulu éviter qu'un plaideur insatisfait ou irascible ne mette trop facilement en cause la responsabilité du juge. Le formalisme de la prise à partie assure aux magistrats une indépendance nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Le juge d'instruction, plus que tout autre juge, a besoin de cette garantie, lui dont la fonction est assortie de contrainte sur les personnes et les biens. Si le préfet était assimilé totalement au juge d'instruction, nul doute qu'il ne faille lui attribuer les garanties nécessaires pour une action indépendante et impartiale.

La Cour de cassation n'a cependant pas admis que le préfet jouisse de ces garanties. Pour obtenir la protection de la prise à partie, il est nécessaire d'être un juge.

La chambre des requêtes, par un arrêt du 8 février 1876 (68), affirme que si le préfet est investi, par la loi, du droit de procéder à certains actes destinés à constater les infractions et à en livrer les auteurs à la justice, il n'est nullement assimilé en cela aux magistrats du ministère public, ni même à aucun autre fonctionnaire de l'ordre judiciaire.

(68) Req. 8-2-1876 ; S. 1876.I.193, approuvé par Labbé (note), p. 195, 3^e colonne.

La procédure de la prise à partie ne saurait trouver application et les plaideurs pourraient invoquer la responsabilité personnelle de droit commun.

382. — Jusqu'en 1870, cette responsabilité ne pouvait pas être invoquée facilement. L'article 75 de la Constitution de l'An VIII, instituant une garantie pour les fonctionnaires, demeurait en vigueur. Le conseil d'Etat devait préalablement statuer sur le cas de ces fonctionnaires. L'abrogation de cette disposition par le décret du 19 septembre 1870 allait permettre d'exercer des actions en responsabilité à l'encontre des fonctionnaires.

Les premières actions furent portées devant les juridictions judiciaires qui se reconnurent compétentes pour apprécier si le préfet avait commis une faute (notamment Civile 3-8-1874 et Requêtes 8-2-1876) (69). La Cour de cassation reconnaît la compétence des autorités judiciaires parce que les actes effectués par le préfet ne possèdent aucun caractère d'actes administratifs. Le tribunal des conflits saisi à son tour de cette question devait la trancher dans le même sens que la Cour de cassation. Par trois arrêts du 25 mars 1889 (70), le tribunal des conflits affirme que l'exercice des pouvoirs de l'article 10 C.I.C. doit être soumis au contrôle des juridictions judiciaires.

Les arrêts de la Cour de cassation de 1874 et de 1876 avaient inquiété les préfets dont la responsabilité personnelle avait été reconnue. Il fut invoqué devant le tribunal des conflits que les préfets avaient agi sur l'ordre du ministre de l'Intérieur et que les projets de saisie avaient fait l'objet d'un débat devant les chambres. Le tribunal ne s'arrêta pas à ces objections en déclarant que « la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les chambres. Notamment, cette saisie ne saurait posséder le caractère d'acte administratif ou de gouvernement ».

Ainsi, il importe peu que le préfet ait agi à la requête du ministre de l'Intérieur ou spontanément ; il suffit de considérer l'usage d'attributions judiciaires, pour en déduire la compétence des tribunaux judiciaires. Dans l'exercice des pouvoirs de l'article 10 C.I.C., le préfet accomplit une mission de police judiciaire dont les actes révèlent une nature unique (71).

La solution est désormais bien établie : le préfet, fonctionnaire de l'ordre administratif, accomplit une activité contrôlée par les juges judiciaires.

(69) Civ. 3-8-1874 et Req. 8-2-1876 ; S. 1876.I.193, note Labbé, qui espère que la crainte d'une condamnation pécuniaire stimulera les préfets à transmettre dans les délais réglementaires à l'autorité de justice, les personnes arrêtées.

(70) Trib. des conflits, 25-3-1889 ; S. 1891.3.32 ; D.P. 1890.3.65.

(71) Voir les développements donnés par le commissaire du Gouvernement à ce propos.

383. — Le principe de la responsabilité personnelle étant acquis il s'agit de déterminer la nature de la faute susceptible d'être retenue. Faut-il considérer que toute action du préfet engagée de manière imprudente entraînera sa responsabilité, ou bien seulement une faute grave, caractérisée ? La première solution aboutirait à entraver l'action légitime du préfet qui doit disposer de ses pouvoirs avec une certaine liberté (72). La seconde solution doit être admise parce qu'elle témoigne des négligences graves, proches d'une faute intentionnelle. De cette manière, l'action du préfet est possible sans qu'il soit nécessaire d'une infraction évidente. C'est à cette conception que s'est arrêtée la Cour de cassation.

Dans les hypothèses des arrêts précités de 1874 et 1876, la responsabilité du préfet avait été admise principalement parce que le préfet avait détenu abusivement des personnes sans tenir compte des règles du Code d'instruction criminelle. L'utilisation des pouvoirs de l'article 10 avait été accompagnée d'une faute grave. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que ces atteintes à la liberté individuelle pouvaient s'analyser comme des voies de fait. Cette matière, selon la jurisprudence du tribunal des conflits, relève de la connaissance des tribunaux judiciaires, car l'acte manifestement illégal perd son caractère d'acte administratif (73).

384. — Si la faute n'est pas caractérisée, le préfet ne peut être déclaré responsable. Tel était le cas dans l'affaire soumise à la chambre des requêtes, le 3 novembre 1924 (74). Une lettre de menaces avait été adressée à un membre de l'Académie française, qui, avant sa réception à l'Académie, l'avait communiquée au préfet de police. Ce fonctionnaire prit des mesures préventives à l'égard de l'auteur de la lettre, en le priant de ne pas sortir de chez lui le jour de la réception à l'Académie et en plaçant des gardes à l'entrée de la salle des séances. Malgré la recommandation du préfet, cette personne sortit de chez elle et voulut pénétrer dans la salle des séances, mais elle fut appréhendée à ce moment par les gardes.

Se prétendant victime d'une arrestation arbitraire, elle intenta contre le préfet une action en responsabilité. Il était fait grief au préfet de n'avoir pas suivi les règles du Code d'instruction criminelle, ainsi qu'une circulaire ministérielle de 1906 rappelant aux préfets de n'utiliser les pouvoirs de l'article 10 qu'après en avoir référé au ministre et avisé immédiatement le procureur de la République. Or, le préfet n'avait pas observé ces différentes conditions avant de procéder à l'arrestation.

(72) Aucune responsabilité ne peut être mise en jeu à la suite d'une ordonnance de non-lieu ou d'un jugement de relaxe, quand l'initiative émane du ministère public.

(73) Voir sur cette question T. des conflits 27-3-1952 ; D. 1954.291, note Eisenmann. En outre, CASTAGNÉ, « Le contrôle juridictionnel des actes de la police administrative », 1964.

(74) Req. 3-11-1924 ; D.P. 1925.I.33, note Henry.

La chambre des requêtes rejeta la demande, au motif que l'interdiction de sortir constituait une mesure préventive préalable à la commission d'un délit. Si le préfet a la possibilité de constater une infraction, il doit pouvoir intervenir avant la réalisation de l'acte. Le conseiller Bricourt affirmait : « La police judiciaire ne peut être désarmée ; elle doit, tout comme la police administrative, avoir une mission d'intervention avant que l'infraction ne se trouve consommée. »

L'intervention du préfet était donc légitime. Demeurait la question de l'arrestation. Mais la cour d'appel avait estimé que la détention n'était pas arbitraire, car elle avait été ordonnée à la suite des outrages proférés envers les agents (hypothèse de flagrant délit). Dès lors, la Cour de cassation a estimé qu'aucune faute n'avait été commise par le préfet, l'arrestation résultant du flagrant délit.

Le préfet ne dispose pas des mêmes garanties qu'un juge d'instruction puisque sa responsabilité peut être mise en jeu selon le droit commun, sur la base d'une faute caractérisée. L'assimilation du préfet au juge d'instruction est loin d'être aussi complète qu'on l'affirmait. Si la situation est telle, tandis que les attributions du préfet sont imprécises, il apparaît que les différences seront plus marquées lorsque le préfet disposera de pouvoirs limités.

§ 2. — La situation résultant de l'attribution au préfet de pouvoirs limités.

385. — Depuis 1935, des garanties et des limitations entourent l'action du préfet. Les solutions déjà acquises demeureront. Ainsi il ne sera plus question de savoir si le préfet possède des attributions juridictionnelles. En revanche, la conception antérieure de la nature des actes du préfet va se trouver infléchie dans un sens plus restrictif, surtout depuis l'introduction du Code de procédure pénale. Dans ces conditions, il est permis de rechercher si le préfet accomplit des actes de police judiciaire sans être membre de la police judiciaire.

A. — LE PRÉFET ACCOMPLIT DES ACTES DE POLICE JUDICIAIRE.

386. — Rechercher si le préfet accomplit des actes de police judiciaire au lieu d'actes d'instruction, n'était pas possible avant l'instauration du Code de procédure pénale. Tant que le domaine préalable à la saisine des juridictions de jugement était composé uniquement de l'instruction, force était d'admettre que toute activité, pour être légale, devait respecter les formes de l'instruction. En introduisant la catégorie nouvelle des actes de police judiciaire, le C.P.P. amène à déterminer la nature précise des attributions préfectorales.

1. Les limitations et les garanties apportées par la loi de 1935 se résumaient à peu de choses. On a pu, avec raison, les considérer comme un « trompe l'œil » (75).

D'une part, la limitation aux infractions contre la sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat n'était pas satisfaisante, car ces infractions n'avaient pas été revisées depuis longtemps (76).

D'autre part, l'obligation d'aviser le procureur de la République et de lui transmettre les pièces dans un certain délai ne comporte pas le point de départ du délai. Le tribunal correctionnel du Vigan a bien montré cette imprécision du texte (77).

Le formalisme n'étant pas assorti de sanction, il était facile de s'en exonérer. En définitive, la situation demeurait ce qu'elle était auparavant : le préfet devait suivre les formes prévues en matière d'instruction préparatoire et accomplissait uniquement des actes d'instruction. Cette solution, conforme au texte adopté en 1935, ne paraît plus admissible depuis le Code de procédure pénale.

387. — 2. Désormais, la police judiciaire dispose d'une autonomie certaine. Les actes effectués au cours de l'enquête préliminaire ne sont pas des actes d'instruction et possèdent des caractéristiques propres. Police et justice sont également distinctes en ce qui concerne les personnes : le juge d'instruction et le procureur de la République ne sont pas des officiers de police judiciaire.

Toutefois, en même temps, les attributions des préfets faisaient l'objet d'une réglementation minutieuse. Le Code de procédure pénale, puis la loi du 15 janvier 1963 ont assorti l'article 30 de la garantie la plus forte qui puisse exister : la nullité. Cette disposition peut paraître suffisante pour apaiser les craintes d'une action arbitraire du gouvernement.

Mais, ainsi que le soulignent des commentateurs autorisés (78), le problème des nullités n'est qu'un pis-aller. D'une part, l'impossibilité de fonder une condamnation sur un acte nul ne permet pas d'empêcher les actions arbitraires (saisies ou détentions). D'autre part, s'agissant du stade préparatoire, la nullité va à l'encontre du principe de l'intime conviction. C'est qu'en effet la nullité de l'article 30 présente la particularité d'intervenir à un stade où les autorités judiciaires n'ont pas encore eu connaissance de l'affaire. En réalité, ce texte a

(75) VIDAL et MAGNOL, 9^e éd., Tome II, n° 781. Pour ces auteurs, le préfet accomplit véritablement une enquête préliminaire (n° 781.4).

(76) Beaucoup plus que les infractions de telle ou telle catégorie, le Gouvernement veut pouvoir poursuivre efficacement les infractions à caractère politique.

(77) Trib. corr. LE VIGAN, 2-2-1943 ; J.C.P. 1943.II.2171 « Les différentes recommandations des al. 2 et 3 de l'article 10 n'ont pour but que de remédier aux arrestations arbitraires. »

(78) Note M.R.M.P., D. 1961, p. 167 (sous Crim., 3-3-1960, 27-12-1960).

pour objet de garantir la limitation dans le temps des pouvoirs exceptionnels du préfet.

388. — L'intervention du préfet ne peut se comprendre que dans l'hypothèse d'inaction de la justice : les attributions sont ouvertes en cas d'urgence. Or, si la justice est déjà saisie, elle ne manquera pas de procéder à tous actes nécessaires. Prévus exceptionnellement, les pouvoirs du préfet sont subsidiaires à ceux des autorités normalement compétentes.

Par ailleurs, le préfet a seulement qualité pour dresser les actes relatifs à la constatation des infractions relatives à la sûreté de l'Etat. A l'évidence sont permis les saisies, les témoignages. En revanche, le préfet ne pourrait pas procéder à une expertise, ni à une confrontation de témoins. Il ne lui serait pas possible d'effectuer un véritable interrogatoire dans le cadre de ces pouvoirs. Le préfet dispose d'un droit d'appréhension à l'égard des personnes soupçonnées qu'il peut faire garder à vue, mais il ne peut procéder à un interrogatoire : il devra seulement indiquer à la personne arrêtée les raisons de cette arrestation pour lui permettre de manifester l'erreur qui aurait pu être commise.

Le préfet ne dispose plus du pouvoir de décerner des mandats. Antérieurement, il était considéré que le préfet pouvait en délivrer notamment en vue de faire comparaître telle ou telle personne. Désormais, en mentionnant la garde à vue, le législateur a entendu prohiber toute mise en détention préventive. Il sera permis au préfet de demander la comparution de tel ou tel témoin, puis de le garder à vue.

389. — Si nous examinons le mode de procéder dans le cadre de ces pouvoirs exceptionnels, il est facile de discerner le rapprochement avec les actes de la police judiciaire, car les actes ne comportent pas plus de garanties effectives.

Pour l'exécution des actes, il n'est fait aucune référence aux formes normalement applicables en matière d'information judiciaire. De surcroît, il est fait mention de la garde à vue, méthode d'investigation purement policière. D'ailleurs, lorsque les nécessités ont contraint d'accroître les attributions du préfet (ordonnance 60-123 du 13-2-1960 ou décision présidentielle du 24-4-1961), seule la durée de la garde à vue a fait l'objet de mesures particulières : application des deux derniers alinéas de l'article 64 C.P.P.

La loi a voulu que le préfet agisse en cas d'urgence et n'a pu prescrire une enquête formaliste : il faut une enquête souple pour une intervention rapide. Mais surtout, l'enquête est effectuée au profit du ministère public et non pour le compte du juge d'instruction.

Dès que le préfet utilise les pouvoirs de l'article 30, il doit en avvertir le ministère public. De plus, à l'expiration du délai tous les documents réunis devront être transmis à l'autorité judiciaire, c'est-

à-dire au ministère public. Si des mesures sont encore utiles, le procureur de la République pourra y faire procéder en utilisant soit la procédure de l'enquête préliminaire, soit celle de flagrant délit selon les hypothèses.

En d'autres termes, le procureur de la République exerce un contrôle sur les actes fournis par le préfet. Aucune dérogation n'est faite au principe de l'opportunité des poursuites : l'intervention du préfet ne va pas à l'encontre des attributions normales du ministère public.

Enfin, il importe aussi de souligner que l'activité du préfet est justifiée par l'urgence présente et que, dans ces conditions, il est possible d'affirmer que la loi a voulu accorder des pouvoirs aux préfets, uniquement pour un cas particulier de flagrance. Or, en matière de flagrance, seuls des actes de police judiciaire sont effectués.

390. — Pour notre part, ces diverses raisons nous amènent à reconnaître que le préfet ne peut accomplir véritablement des actes d'instruction, mais seulement des actes de police judiciaire (79).

Si le préfet doit suivre les formes des actes de la police judiciaire, en revanche, il n'est pas soumis aux règles relatives aux personnes de la police judiciaire.

B. — LE PRÉFET NE FAIT PAS PARTIE DE LA POLICE JUDICIAIRE.

De même qu'antérieurement au Code de procédure pénale, le préfet accomplissait des actes d'instruction sans pour autant être considéré comme un juge d'instruction, de même actuellement, le préfet accomplit des actes de police judiciaire sans être soumis au régime applicable aux membres de la police judiciaire. Cela se manifeste à propos de la surveillance et surtout de la mise en œuvre de la responsabilité.

1. — *L'absence de surveillance.*

391. — Le préfet ne figure pas dans la liste des officiers de police judiciaire. Les mêmes raisons invoquées en 1808 motivent cette exclusion. Si l'on accorde des pouvoirs aux préfets, on entend l'exclure du contrôle exercé par la chambre d'accusation. Le Code de procédure pénale a institué une surveillance plus stricte des activités de la police judiciaire, assortie de sanctions plus sévères que l'avertissement solen-

(79) Nous ajouterons encore deux remarques : le législateur de 1957 avait tenu à marquer le caractère de police judiciaire, en précisant que le préfet ne pouvait pas agir s'il avait connaissance de la saisine des autorités de la justice. La disparition de cette condition est regrettable, mais nous estimons que ce sont les difficultés pratiques de son application qui en ont amené la suppression. D'autre part, le caractère « police judiciaire » des actes apparaîtra par l'exécution effective de cette enquête par les officiers de police judiciaire. Ceux-ci procéderont normalement selon les formes de l'enquête de flagrant délit.

nel donné par la chambre d'accusation. Désormais, les articles 224 à 228 C.P.P. ont prévu que la surveillance relève de la compétence d'une juridiction, saisie à la demande de son président, magistrat du siège. Par ailleurs, outre le simple avertissement, il est possible à la chambre d'accusation d'interdire l'exercice de fonctions de police judiciaire à la personne qui aurait commis des négligences graves.

Ce contrôle de la juridiction supérieure d'instruction sur les personnes chargées d'une mission de police judiciaire n'est pas admis lorsque les actes émanent du préfet, représentant du pouvoir exécutif. Outre cette absence de surveillance, le préfet continue, comme par le passé, d'être soumis à un régime particulier de responsabilité.

2. — *Le régime spécial de la responsabilité.*

392. — Il ne peut être question de faire bénéficier le préfet de la procédure de la prise à partie, admise au profit des officiers de police judiciaire (80). Le préfet ne faisant pas partie de la police judiciaire ne peut prétendre à son application.

Le tribunal de la Seine, par un jugement du 23 décembre 1959 (81) rappelle ce principe, dans une espèce où le préfet de police avait utilisé ses pouvoirs pour saisir une brochure : « Attendu que le Préfet de police, à Paris, fonctionnaire supérieur de l'ordre administratif, investi par la loi du droit de faire certains actes à l'effet de constater les crimes et délits contre la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat et d'en livrer les auteurs à la justice, n'est assimilé pour cela ni aux magistrats du ministère public ni aux autres fonctionnaires de l'ordre judiciaire. »

Dès lors, si des actes dommageables résultent de l'exercice de ces pouvoirs, « il n'y aurait pas lieu de procéder à son égard par la voie exceptionnelle de la prise à partie ». Seule peut être exercée une action dans les conditions du droit commun, pour obtenir la réparation du préjudice résultant de la faute personnelle du préfet.

Pour apprécier cette faute personnelle, les tribunaux de l'ordre judiciaire vont se référer à la distinction du droit administratif entre faute personnelle et faute de service. Le tribunal de la Seine affirme en effet : « Pour qu'un fonctionnaire soit déclaré personnellement responsable du dommage causé par un de ses actes, celui-ci doit être soit matériellement détachable de la fonction, soit trouver son origine dans une intention malveillante, ou la recherche d'un intérêt personnel, ou découler d'une erreur assez grossière pour être inexcusable et équipollente au dol. »

(80) Cette procédure est applicable à un commissaire de police pris en qualité d'officier de police judiciaire : Civ. sect. commerciale, 6-11-1950 ; D. 1950. 738. (Voir aussi T. conflits, 9-12-1911 ; D.P. 1914.3.5 ; Req. 24-4-1914 ; D.P. 1924. I.75 ; Civ. 25-7-1910 ; D.P. 1911.I.121, note Lalou.

(81) Trib. de la Seine, 23-12-1959 ; J.C.P. 1960.II.11586, note Mimin. Voir pour l'admission d'une faute : Seine, 8 mai 1963 ; J.C.P. 1963.II.13394.

393. — La situation se présente donc ainsi : les tribunaux judiciaires sont compétents pour examiner les suites dommageables de l'activité du préfet agissant en vertu de l'article 30 C.P.P., mais la responsabilité sera reconnue uniquement dans l'hypothèse d'une faute personnelle. Chaque fois que les tribunaux reconnaîtront l'existence d'une faute de service, la victime ne pourra en obtenir réparation, car les tribunaux de l'ordre administratif seraient seuls compétents (82). Or, ceux-ci refusent d'examiner toute question se rattachant à l'organisation du service de la justice judiciaire. Dans ces conditions, est réalisé un véritable déni de justice (83), aucun juge n'acceptant d'indemniser le litige. Il ne serait pas même possible de recourir à l'arbitrage du tribunal des conflits, car un des deux ordres a reconnu sa compétence.

Il s'agit là d'une injustice certaine, car souvent les préfets ont pratiqué, au cours de ces dernières années, des saisies de journaux (84). Or, ces saisies étaient destinées beaucoup plus à assurer l'ordre public qu'à constater l'existence d'une infraction. Dans ces conditions, la transmission du dossier au Parquet ne donnait lieu à aucune poursuite judiciaire.

Cette pratique n'avait pas échappé aux membres du Parlement lors de la discussion du projet de Code de procédure pénale. Un député avait même proposé que la responsabilité personnelle du préfet soit mise en cause chaque fois que l'affaire n'aurait pas eu de suite judiciaire ou se serait achevée par une ordonnance de non-lieu. L'Assemblée nationale repoussa un tel amendement qui aurait eu pour effet d'entraver l'exercice de tout pouvoir par le préfet, qui agit principalement pour le maintien de l'ordre public.

394. — Dans ces conditions, le préfet en utilisant ses attributions judiciaires pour assurer une mission de police administrative, commet un détournement de procédure, car il n'entend pas collaborer au service répressif des tribunaux judiciaires. Puisqu'il s'agit de sauvegarder l'intérêt général, il conviendrait que les conséquences de cette action soient supportées par l'ensemble des citoyens, et la personne lésée obtiendrait une réparation de son préjudice.

Le Conseil d'Etat vient récemment, par deux arrêts, donner une solution satisfaisante à l'utilisation abusive des pouvoirs de police

(82) En ce sens, Cour d'appel de Paris, 22-2-1962 (2 arrêts) ; D. 1964.231, note Maestre, mais, en sens contraire, Paris, 3-6-1964 ; J.C.P. 1964.II.13833, note Debbasch.

(83) L'expression est de M. Drago, note au S. 1952.III.13 sous C.E. BAUD. Voir aussi l'excellent travail de Y. GALTOT, « Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés ». Etudes et documents du conseil d'Etat, 1959, p. 57 (cf. C.E. DEHOVE, 2-12-1955, R.p. 568). L. FAVOREU, « Le déni de justice en droit public », Thèse, Paris, 1962. Voir aussi LEVASSEUR, « Liberté de la presse et justice pénale », Rev. pén. suisse, 1960, p. 251.

(84) Voir la chronique de M. ROBERT, « Propos sur la liberté de presse », D. 1964, p. 189.

judiciaire des préfets. Dans les affaires qui lui étaient soumises, le préfet d'Alger avait ordonné la saisie de plusieurs numéros de journaux, visant l'intégralité des éditions. Parmi les visas invoqués en faveur de la légalité de cette mesure, figurait l'article 10 C.I.C. en vigueur à l'époque. Par ailleurs, le préfet avait adressé l'avis au procureur de la République et communiqué la procédure dans les 24 heures.

Il convient de remarquer que le préfet n'était pas tenu d'utiliser les pouvoirs de l'article 10 C.I.C., car il disposait de pouvoirs bien plus importants accordés par la loi n° 56-528 du 16 mars 1956. Mais pour l'exercice de ces derniers pouvoirs, le préfet devait justifier de la relation des mesures prises avec le but fixé par l'article 10 du décret du 17 mars 1956, sous le contrôle des juridictions administratives. Le préfet préféra, dans ces conditions, utiliser ses attributions de police judiciaire, qui risquaient peu de mettre en cause sa responsabilité personnelle selon la jurisprudence des tribunaux judiciaires.

En l'espèce, ce raisonnement s'avéra assez juste : le tribunal de première instance d'Alger refusa de reconnaître les circonstances d'une voie de fait, tandis que le tribunal administratif d'Alger déclara l'action irrecevable comme portée devant une juridiction incompétente.

Sur appel de la décision du tribunal administratif, le Conseil d'Etat examina la demande. Au lieu de reconnaître son incompétence formelle puisque l'article 10 C.I.C. (30 C.P.P.) était invoqué, la juridiction administrative procéda à l'examen de la situation réelle.

En d'autres termes, sans vouloir s'immiscer dans le fonctionnement du service de la justice judiciaire, le Conseil d'Etat s'attacha à discerner si, dans l'hypothèse présente, l'utilisation de l'article 10 C.I.C. (30 C.P.P.) était réellement une mesure judiciaire.

Or, précisément, les conditions dans lesquelles les saisies avaient été opérées démontraient qu'elles n'avaient eu pour objet « que d'empêcher la diffusion dans le département d'Alger d'écrits insérés dans les journaux » et non « de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat ». En réalité, les saisies « présentaient le caractère de mesures administratives ».

Le Conseil d'Etat a donc mené son analyse plus loin pour discerner la véritable nature de la mesure édictée. Tend-elle à assurer la répression des infractions ou bien, au contraire, intervient-elle préventivement ? Dans le second cas, il s'agit d'une décision de police administrative dont la connaissance appartient aux juridictions administratives.

La solution donnée par le Conseil d'Etat dans ses arrêts d'assemblée plénière du 24 juin 1960 (85) mérite d'être approuvée, car la juridiction administrative n'empiète pas sur les attributions des juri-

(85) C.E., 24-6-1960 ; arrêts Frampar et « Le Monde » ; J.C.P. 1960.II.11743 ; D. 1960.744 ; S. 1960.348.

dictions judiciaires. En utilisant les pouvoirs de l'article 30, le préfet a accompli véritablement une mesure de police administrative. L'ordre public a été préservé, aussi la collectivité bénéficiaire de ce maintien de l'ordre doit supporter la charge de la réparation du préjudice éprouvé par quelques-uns. La condamnation de l'Etat réalise cette répartition de l'indemnité entre tous les citoyens.

395. — Il convient de remarquer également que le Conseil d'Etat a fait une exacte interprétation de l'article 30 C.P.P. (art. 10 C.I.C.). En effet, la loi confie ces attributions au préfet en vue de constater la réalité d'une infraction. Il n'est pas nécessaire, dès lors, que la saisie porte sur l'intégralité d'une édition de journaux. Cette constatation n'est pas véritablement une saisie judiciaire comme celle prévue en matière d'infraction flagrante (art. 54 C.P.P., ancien art. 39 C.I.C.) permettant la mise sous le sceau de la justice de tout ce qui a servi à commettre l'infraction ou tout ce qui paraît en être le produit ou le résultat.

Si l'infraction était spécifiquement un délit de presse, la saisie ne pourrait porter que sur cinq exemplaires. De même, en matière d'outrages commis par la voie du livre, l'article 290 nouveau du Code pénal permet seulement la saisie de deux exemplaires lorsque l'ouvrage comporte le nom de l'auteur et l'indication de l'éditeur (la saisie totale est permise avant toute poursuite lorsque ces conditions ne sont pas remplies). Certains commentateurs justifient la saisie totale par le fait qu'il s'agit d'une infraction de droit commun. Il ne nous semble pas possible d'admettre que le préfet dispose d'un droit total de saisie en matière d'infractions relatives à la sûreté de l'Etat. Outre qu'il ne possède pas des attributions de juge d'instruction (86), il a été nécessaire de prévoir une disposition particulière pour permettre la saisie des écrits susceptibles de divulguer un secret de la défense nationale (art. 703 nouveau C.P.P.).

396. — Les attributions du préfet, limitées dans le temps, limitées quant au domaine des recherches, apparaissent différentes de celles d'un juge d'instruction. Il intervient pour constater une infraction, en l'absence des autorités judiciaires. Son rôle est éminemment subsidiaire, le préfet ne pourrait d'aucune manière mener des investigations parallèles à celles du juge d'instruction. Seule l'urgence l'autorise à exercer des activités de police judiciaire : le dépérissment de la preuve d'une infraction doit être évité.

La réforme, introduite partiellement par la loi du 25 mars 1935, a trouvé son plein achèvement avec le Code de procédure pénale. Le préfet exerce des activités de police judiciaire sans pour autant influencer les magistrats de l'ordre judiciaire qui conservent leur indépendance d'action.

(86) *Contra* Mimin, note sous Trib. de la Seine, 23-12-1959 ; J.C.P. 1960.II.11586.

Il convient, aussi, de souligner la hardiesse des tribunaux en cette matière. Jusqu'en 1960, l'exercice des attributions judiciaires du préfet entraînait la responsabilité personnelle du fonctionnaire seulement en matière de détention non conforme aux règles du Code d'instruction criminelle. Des auteurs avaient demandé que la jurisprudence de la Cour de cassation soit plus favorable à une condamnation de l'Etat pour faute de service du préfet (87). Déjà, les juridictions judiciaires ont admis l'indemnisation d'un accident survenu à une personne requise par les autorités judiciaires (affaire *Giry*) (88), et la loi du 31 décembre 1957 les a autorisées à connaître exclusivement de tout le contentieux relatif aux accidents causés par des véhicules terrestres à moteur (89).

La prise de position formelle du Conseil d'Etat, par ses récents arrêts d'assemblée, devait inciter les tribunaux judiciaires à indemniser les victimes d'une utilisation abusive des pouvoirs de police judiciaire par le préfet, surtout étant donné la nouvelle orientation des tribunaux pour tenir compte de la responsabilité de l'Etat relativement au fonctionnement des services judiciaires (90). C'est ce qu'a refusé d'admettre le tribunal de grande instance de la Seine par un jugement en date du 8 mai 1963 (91), qui a été infirmé par la cour d'appel de Paris le 3 juin 1964 (92). Aux termes de cette décision, les juridictions judiciaires sont compétentes pour apprécier la responsabilité des préfets dans l'exercice des pouvoirs conférés par l'article 30 du C.P.P. La cour d'appel de Paris admet même que la mise en jeu de cette responsabilité puisse se faire selon les critères et distinctions du droit public. Ainsi se trouve assurée une certaine garantie contre l'abus, par le pouvoir exécutif, d'attributions de nature purement judiciaires.

(87) En ce sens, *Drago*, note au S. 1952.III.13 ; *Y. Galmot*, *op. cit.*, p. 65.

(88) Affaire *Giry*, Civ. 23-11-1956 ; D. 1957, p. 34, conclusions *Lemoine*.

(89) Voir à ce propos la thèse de *J.-A. Mazères*.

(90) Voir *Douai*, 3-1-1962 et Trib. de Lyon, 20-11-1961 ; J.C.P. 1962.II.12560. Note *Vedel* qui admettent que l'Etat puisse être condamné dans l'hypothèse d'une faute de service entraînant un mauvais fonctionnement de la police judiciaire. Pour la distinction, police judiciaire et police administrative, voir conseil d'Etat, 29-11-1963 ; G.P. 1964.I., journal du 20-22 mai et *MOREAU*, *Actualité juridique*, 1963.I.68 ; *CASTAGNÉ*, « Le contrôle juridictionnel des actes de la police administrative », L.G.D.J. 1964.

(91) Tribunal de grande instance de la Seine, 8-5-1963 ; J.C.P. 1963.II.13394, note *Debbasch* ; D. 1964.231, note *Maestre*.

(92) Paris, 3-6-1964 ; J.C.P. 1964.II.13833, note *Debbasch*.

(92) Paris, 3-6-1964 ; J.C.P. 1964.II.13833, note *Debbasch* ; D. 1965, p. 98, note *Maestre*. Dans cette affaire, cependant, la cour d'appel n'a pas condamné le préfet de police, au motif que les parties n'avaient pas conclu sur « une éventuelle faute de service ».

CHAPITRE III

Les magistrats chargés d'une mission d'information.

397. — En principe, c'est le juge d'instruction qui est chargé d'une information judiciaire. Il existe, cependant, des hypothèses où d'autres magistrats sont appelés à des fonctions identiques.

Certains exécutent cette fonction à la place du juge d'instruction et leur intervention se situe avant toute saisine d'une juridiction de jugement. D'autres, en revanche, sont chargés de cette mission par une juridiction collégiale. De nombreuses difficultés se présentant pour l'accomplissement des actes, la juridiction charge l'un des ses membres de procéder à toutes mesures utiles.

Dans le premier cas, il est possible de considérer qu'il s'agit de magistrats instructeurs particuliers, tandis que dans le second se pose le problème du supplément d'information.

SECTION I

LES MAGISTRATS INSTRUCTEURS PARTICULIERS

398. — Dans certaines hypothèses, le juge d'instruction n'est pas saisi d'une infraction, car il n'a pas compétence pour instruire. Cette incompétence peut tenir à la nature de l'infraction, mais le plus souvent elle résulte de la qualité de l'auteur de l'infraction.

Tenant à la nature de l'infraction, il s'agit principalement des infractions purement militaires. L'article 2 du Code de justice militaire pour l'Armée de terre prévoit que les tribunaux militaires connaîtront exclusivement « des infractions spéciales d'ordre militaire prévues au Livre II » (art. 192 à 250). Il en est de même pour les infractions commises par des marins (art. 190 à 261 C.J.M.A.M.). Toutefois, en temps de guerre, ces juridictions spéciales disposent d'attributions beaucoup plus étendues, réglementées par les Codes (art. 2 al. 5 C.J.M.A.T., art. 2 al. 3 C.J.M.A.M. ; ord. 59-147 du 7-1-1959, art. 39), ou par des textes spéciaux comme ceux relatifs à l'état de siège (loi du 9 août 1849) (1).

Si le juge d'instruction militaire est chargé de l'information, ses attributions sont identiques à celles du juge d'instruction civil. Notamment, la loi du 8 décembre 1897 avait été introduite en matière de justice militaire par une loi du 15 juin 1899, et les différentes loi et ordonnances qui ont institué ou modifié l'actuel Code de procédure pénale, contenaient des dispositions mettant en harmonie la procédure pénale militaire. Dans ces conditions, il ne paraît pas nécessaire de consacrer des développements particuliers à ce magistrat (2). De la même manière, le juge d'instruction près la Cour de sûreté de l'Etat n'instruit pas, en principe, selon des modes différents du droit commun (3).

399. — En revanche, les exceptions sont plus nombreuses quand il s'agit de tenir compte de la qualité du délinquant.

L'une d'entre elles présente peu de difficultés : il s'agit de l'hypothèse d'une infraction commise par un magistrat ou certains fonctionnaires énumérés à l'article 679 C.P.P.

Si le crime ou le délit a été commis hors des fonctions, le Code de procédure pénale prévoit que la chambre criminelle, statuant comme en matière de règlement de juges, désignera la juridiction chargée d'instruire et de juger cette personne. Le juge d'instruction disposera des mêmes attributions qu'en matière normale, à l'exception, toutefois, qu'il est tenu de procéder personnellement à tous actes d'information nécessaires. En d'autres termes, il ne pourra décerner

(1) Voir aussi le décret du 22-9-1953 instituant les tribunaux permanents des Forces armées ; le décret du 22-12-1953 établissant le siège des tribunaux en temps de paix et le décret du 16-7-1955 déterminant le siège pour le temps de guerre. Pour l'Algérie, voir le décret du 12-2-1960 (l'article 7 élargit la compétence de ces juridictions). En métropole, l'ordonnance du 8-10-1958 (art. 1) étend les attributions de la juridiction militaire et règle les conflits avec les autorités civiles.

(2) Pour la procédure pénale militaire, consulter P. HUGUENY, « Le droit pénal militaire » et supplément ; ARNOUX, « Les pouvoirs du général commandant la région en temps de paix », Thèse Alger, 1958 ; de JUGLART, « Répertoire méthodique de jurisprudence militaire » ; STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., *op. cit.*, n^{os} 444-445.

(3) Voir, à cet égard, la loi 63-23 du 15 janvier 1963 ; LEVASSEUR, G.P. 1963.I, Doctrine, 26 ; VOUIN, J.C.P. 1963.I.1764 ; VIRU, Rev. Sc. crim., 1964, p. 1.

aucune commission rogatoire. Pour qu'il ne soit pas entravé dans ses recherches par les règles de la compétence territoriale, l'article 680 C.P.P. l'autorise à exécuter tous actes même en dehors du ressort de son tribunal et des tribunaux limitrophes.

Si le crime ou le délit a été accompli dans l'exercice des fonctions, le procureur de la République transmettra le dossier au procureur général près la Cour de cassation qui reçoit toute compétence pour engager et exercer l'action publique. Le procureur général dispose de la faculté d'apprécier l'opportunité des poursuites, à moins qu'une partie civile ne se soit constituée, en adressant sa plainte aux président et conseillers composant la chambre compétente de la Cour de cassation (art. 681 C.P.P.).

En effet, les fonctions d'instruction sont confiées à une des chambres civiles de la Cour de cassation, désignée chaque année par le bureau de la Cour de cassation. Comme cette formation collégiale aurait d'énormes difficultés pour mener l'instruction, l'article 682 C.P.P. dispose que « la chambre saisie commet un de ses membres qui prescrira tous actes d'instruction nécessaires dans les formes et conditions prévues par le chapitre I^{er} du titre III du Livre I ». Ce magistrat ne dispose que du pouvoir de mener l'information en procédant aux divers actes. Il ne dispose pas d'attributions juridictionnelles. L'alinéa 2 de l'article 682 indique que les décisions de caractère juridictionnel sont rendues par la chambre civile saisie après communication du dossier au procureur général. Parmi ces décisions, la loi fait figurer tout ce qui a trait à la mise ou au maintien en détention ou à la clôture de l'information.

Dans l'hypothèse de la mise en détention, cette procédure risque de nuire à l'efficacité de la répression. Aussi l'alinéa 3 de l'article 682 donne compétence au président de la chambre chargée de l'information, pour décerner mandat, après avoir pris les réquisitions du procureur général. La juridiction, dans son ensemble, sera appelée à statuer dans les cinq jours qui suivront l'arrestation pour décider s'il y a lieu ou non de maintenir la détention. Le magistrat chargé des seules attributions d'instruction ne peut ordonner une détention, car il s'agit de pouvoirs juridictionnels. Cette disposition législative confirme, d'ailleurs, la thèse que nous avons soutenue à propos des mandats.

La chambre civile chargée de l'instruction statue sur la suite à donner à l'affaire. Dans l'hypothèse d'un crime, le dossier sera soumis au contrôle d'une autre chambre civile faisant fonction de chambre d'accusation. Déjà, au cours de l'instruction, cette formation aura pu statuer sur l'appel formé contre les décisions juridictionnelles de la juridiction d'instruction du premier degré (art. 686 C.P.P., rédaction du 4-6-1960). De cette manière, l'action publique sera menée avec toute l'indépendance nécessaire pour faire apparaître la vérité.

400. — En réalité, ce cas est d'application peu fréquente. En revanche, il est une exception plus importante lorsque le délinquant

est un mineur. La procédure d'instruction est infléchie et il importe de rechercher le rôle et la mission du magistrat instructeur.

Par ailleurs, un autre magistrat peut être assimilé à un juge d'instruction. S'il est nécessaire de procéder à des investigations supplémentaires avant la saisine de la cour d'assises, et après le dessaisissement de la chambre d'accusation, le président de la cour d'assises dispose de pouvoirs d'instruction. Il nous faut examiner alors la nature de ses attributions.

§ 1. — L'instruction des affaires de mineurs.

401. — Depuis la loi du 22 juillet 1912, le droit pénal français considère que les mineurs doivent faire l'objet de mesures éducatives, car ils ne sont pas pleinement responsables de leurs actes. La procédure de jugement ainsi que les peines applicables se trouvaient modifiées tandis que l'instruction demeurait celle de droit commun. Une loi du 27 juillet 1942, qui ne fut jamais appliquée, orienta vers de nouvelles méthodes. L'aboutissement de ces recherches fut consacré par l'ordonnance du 2 février 1945. L'article 1^{er} de cette ordonnance prévoit que les mineurs de 18 ans « ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants ou des cours d'assises des mineurs ». Ils ne seront donc pas déférés aux juridictions pénales de droit commun.

Pour permettre à la juridiction de jugement de connaître avec minutie les circonstances qui ont accompagné l'infraction, l'article 5 al. 1 de l'ordonnance prescrit qu'aucune poursuite ne sera exercée à l'encontre d'un mineur de 18 ans sans information préalable. Ni la procédure du délit flagrant, ni celle sur citation directe ne pourront être menées.

Fréquemment, une plainte sera déposée au Parquet relativement à une infraction dont on ignore l'auteur. Un juge d'instruction sera nommé. Tous les actes accomplis seront valides du moment que la qualité de mineur de l'inculpé était ignorée. Il existe, en effet, une procédure particulière dans le choix du juge en matière de mineurs délinquants.

Le procureur de la République près le tribunal du siège du tribunal pour enfants est chargé de la poursuite des infractions commises par des mineurs (art. 7) (4). Ce magistrat appréciera qui doit être chargé de l'information : le juge d'instruction ou le juge des enfants.

De préférence le dossier sera confié au juge d'instruction lorsque des majeurs sont impliqués dans la même affaire que le mineur

(4) L'alinéa 2 de l'article 7 prévoit que le juge d'instruction et le procureur de la République précédemment saisis de l'affaire (art. 43 ou art. 72) doivent se dessaisir immédiatement dès la connaissance de la qualité de mineur de l'inculpé. Le dossier devra être transmis au procureur de la République près le tribunal pour enfants.

(art. 7 al. 3 *in fine*), ou lorsqu'il s'agira d'un crime (art. 5 al. 2). En revanche, le juge des enfants sera chargé de l'instruction chaque fois que la juridiction de jugement devra être exclusivement le tribunal pour enfants.

A. — L'INSTRUCTION MENÉE PAR LE JUGE D'INSTRUCTION.

402. — Si l'information est confiée au juge d'instruction, ce dernier devra respecter les formes du droit commun. Les actes accomplis sont de véritables actes d'instruction. Outre l'instruction sur les faits, le juge est tenu de recueillir des renseignements sur la personnalité du mineur (art. 9 al. 1). Ainsi, une enquête sociale sera effectuée pour rendre compte de la situation matérielle et morale de la famille, du caractère et des antécédents du mineur, sa fréquentation scolaire, bref, de tous renseignements concernant son passé et des conditions dans lesquelles il a vécu jusqu'alors (5).

D'autre part, le juge peut ordonner un examen médical ou un examen médico-psychologique. Pour l'exécution de ces mesures, il a la faculté de prescrire le placement dans un centre d'accueil ou d'observation. Toutefois, comme en matière de mineurs délinquants, l'intérêt du mineur doit l'emporter. Le juge peut n'ordonner aucune de ces mesures, ou ne prescrire que certaines d'entre elles, à la condition de rendre une ordonnance motivée (6).

Dès le début de sa saisine, le juge d'instruction est tenu d'avertir les parents, tuteur ou gardien connus. De cette manière, l'attention des responsables de l'éducation du mineur sera attirée. Le juge d'instruction devra même les convoquer pour procéder à leur audition, en vue, notamment, de prendre une mesure provisoire qui convienne le mieux aux intérêts du mineur.

403. — En cours d'information, le juge a la possibilité de prendre certaines mesures relatives à la garde du mineur. Il pourra être remis à sa famille ou à la personne qui en avait la garde antérieurement. Eventuellement, la garde peut être confiée provisoirement à une autre personne, digne de confiance, à un centre d'accueil, à une institution publique ou privée disposant d'un centre d'accueil, ou à tout autre établissement s'occupant d'enfance ou dispensant des soins.

La garde provisoire peut aussi être confiée à un centre d'observation chargé de procéder à des examens sur la personne du mineur, ou bien pourra se dérouler selon le régime de la liberté surveillée.

C'est uniquement dans des hypothèses rares que le juge d'instruction placera le mineur en détention dans une maison d'arrêt. L'arti-

(5) Cette enquête est obligatoire même pour un délit, alors qu'elle demeure facultative, dans ce cas, dans la procédure des majeurs (art. 81 al. 6 C.P.P.).

(6) En d'autres termes, ces actes sont obligatoires, à moins que le juge justifie leur inutilité en fonction de l'intérêt du mineur.

cle 11 de l'ordonnance l'autorise seulement si elle apparaît indispensable ou s'il est impossible de prendre toute autre disposition (7).

Ces mesures provisoires sont, en réalité, une adaptation de la détention préventive applicable aux délinquants majeurs. Aussi l'acte qui la prescrit est-il une ordonnance juridictionnelle. D'ailleurs, l'article 24 de l'ordonnance permet de faire appel de l'ordonnance relative aux mesures de garde provisoire. En ce cas, l'appel est porté devant la chambre spéciale de la cour d'appel. Comme en matière de détention préventive, les décisions concernant les mesures provisoires sont susceptibles d'être rapportées par le juge lui-même (art. 10 dernier alinéa). En toute autre matière, le juge suivra les formes prescrites par le Code de procédure pénale.

404. — Des difficultés, toutefois, ont été soulevées à propos de l'interrogatoire. L'article 114 C.P.P. prévoit que, lors de l'interrogatoire de première comparution, le juge doit avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration et qu'il a la faculté de se faire assister d'un avocat. L'inculpé peut spontanément refuser l'assistance d'un défenseur et fournir au juge toutes explications relatives aux faits reprochés.

En matière de mineurs délinquants, l'article 10 de l'ordonnance dispose : « A défaut de choix d'un défenseur par le mineur ou son représentant légal, le juge d'instruction désignera ou fera désigner par le bâtonnier un défenseur d'office. » A la différence du droit commun, l'assistance d'un avocat est obligatoire, et le mineur ne pourrait y renoncer. La loi a voulu garantir le mineur, en ne lui demandant pas de fournir son consentement. Mais à partir de quel moment l'intervention du défenseur est-elle possible ?

Il était soutenu, à l'appui d'un pourvoi en cassation, que l'assistance du défenseur devait exister à partir du premier interrogatoire. En l'espèce, un mineur avait été interrogé par des gendarmes, puis le juge avait procédé à l'interrogatoire de première comparution sans l'assistance d'un avocat. Par un arrêt du 17 janvier 1952 (8), la chambre criminelle affirme que la disposition de l'article 10 déroge aux règles admises en matière d'instruction préparatoire, permettant à l'inculpé de renoncer à l'assistance d'un conseil. En dehors de cette prescription, les autres actes demeurent régis par le Code de procédure pénale. Ainsi, il ne saurait être reproché au juge d'avoir procédé à un interrogatoire de première comparution en dehors de la présence d'un défenseur (l'article 114 ne la prévoyant pas). L'arrêt souligne, au reste, que la première comparution est destinée à vérifier si l'inculpation doit être maintenue. Dans ces conditions, le juge ne doit

(7) Cela sera le cas pour un mineur dangereux, ou proche de la majorité. En dessous de 13 ans, la détention n'est possible qu'en cas de prévention de crime. Elle résultera d'une ordonnance motivée (art. 11, al. 2).

(8) Crim., 17-1-1952, B. 19 ; S. 1952.I.172.

désigner d'avocat que dans l'hypothèse où une poursuite est réellement exercée à l'encontre du mineur.

405. — Quand le juge d'instruction s'estimera suffisamment informé, il procédera au règlement de l'instruction. L'article 9 al. 2 précise les différentes ordonnances qu'il peut rendre. Il peut ainsi décider qu'il n'y a pas lieu à suivre, ou bien renvoyer devant le tribunal de police lorsqu'il s'agit d'une contravention des quatre premières classes, ou renvoyer devant le juge des enfants ou le tribunal pour enfants dans l'hypothèse d'une contravention de 5^e classe, d'un délit ou d'un crime commis par un mineur de 16 ans, ou, enfin, ordonner la transmission des pièces au procureur général en cas de crime commis par un mineur de 16 à 18 ans.

406. — Les voies de recours contre les actes juridictionnels du juge d'instruction sont ouvertes selon les mêmes modalités qu'en matière de droit commun. L'article 24 al. 2 se réfère expressément aux articles 185 et 186 C.P.P. De plus, les mesures provisoires édictées par le juge sont susceptibles de voies de recours. Comme nous l'avons déjà noté, il ne s'agit pas d'une véritable exception, car en matière de droit commun, toutes les mesures concernant la détention sont susceptibles d'appel. Donnedieu de Vabres (9) s'étonnait que l'appel soit admis pour la garde provisoire alors qu'il ne l'était pas dans l'hypothèse d'un mandat. En réalité, dès qu'une personne est placée en détention, elle peut solliciter sa mise en liberté provisoire. En cas de refus du juge, l'appel est reconnu, et la personne détenue pourra faire valoir ses arguments devant la juridiction du deuxième degré. Ainsi l'égalité est-elle rétablie avec l'hypothèse d'une mesure provisoire assortie de l'exécution immédiate (art. 22).

Pour Donnedieu de Vabres (10), l'exécution provisoire devait amener la paralysie de l'appel. Cette opinion ne nous paraît pas exacte, car l'exécution provisoire ne peut entraver le contrôle de la juridiction d'appel.

Ces diverses règles qui gouvernent la procédure d'instruction par un juge d'instruction seront beaucoup plus souples lorsque l'information sera confiée au juge des enfants (10 bis).

B. — L'INSTRUCTION MENÉE PAR LE JUGE DES ENFANTS.

407. — Si le procureur de la République opte pour la saisine du juge des enfants, il ne délivre pas de réquisitoire introductif mais présente une requête (art. 5 al. 2, rédaction du 23-12-1958). Au tribu-

(9) DONNEDIEU de VABRES, commentaire de l'ord. du 2-2-1945 ; D. 1945, Législation, p. 169 (art. 10).

(10) DONNEDIEU de VABRES, commentaire de l'ord. du 2-2-1945 ; D. 1945, Législation, p. 169 (art. 10).

(10 bis) Voir les remarques de M. Vitu in *Mélanges Hugueney*, p. 252.

nal de la Seine, la requête sera présentée au président du tribunal pour enfants (11).

L'article 8 de l'ordonnance définit ainsi la mission du juge des enfants : « effectuer toutes diligences et investigations utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et à la connaissance de la personnalité du mineur ainsi que des moyens appropriés à sa rééducation ». Le juge des enfants a un rôle équivalent à celui d'un juge d'instruction (art. 81 C.P.P.). Toutefois, pour l'exécution des actes, le juge des enfants n'est pas tenu de suivre les règles indiquées au Code de procédure pénale. L'alinéa 2 de l'article 8 précise que le juge des enfants peut agir par voie d'enquête officieuse ou bien selon les règles du Code de procédure pénale, à l'exception des formes des articles 114, 116 et 118. Ainsi le juge des enfants dispose d'une procédure beaucoup plus souple que le juge d'instruction, et même que les officiers de police judiciaire agissant par voie d'enquête préliminaire.

Le juge des enfants a donc le choix, et le plus souvent dans l'intérêt même du mineur, il utilisera la procédure non formaliste. Dans ces conditions, la prescription de l'article 10, al. 1 prévoyant la désignation d'office d'un défenseur est d'une application très limitée. Le juge des enfants, en effet, n'est pas tenu de convoquer l'avocat aux interrogatoires, ni même de tenir à sa disposition le dossier de la procédure. On serait tenté de penser à une contradiction entre l'article 8 et l'article 10. En réalité, il n'y a pas contradiction, car le rôle du juge des enfants n'est pas confiné au seul stade de l'instruction, il a qualité pour juger. Ainsi, l'article 8 indique que, pour le déroulement de l'instruction, le juge des enfants peut ne pas tenir compte de la présence du défenseur. En revanche, si le juge des enfants prononce un jugement, la présence du défenseur est obligatoire.

Le juge des enfants est tenu de faire procéder à l'enquête sociale, ainsi qu'aux examens médicaux et médico-psychologiques (art. 8 al. 4, 5 et 6). Par ailleurs, il pourra ordonner toute mesure utile relativement à la garde provisoire (art. 10) ou même prescrire une détention dans les mêmes conditions qu'un juge d'instruction instruisant une affaire de mineurs (art. 8 al. 3).

En cours d'instruction, le ministère public a la possibilité, comme en droit commun, d'obtenir la communication du dossier à tout moment et de requérir du magistrat tout acte nécessaire. Ainsi, avant le règlement de la procédure, le dossier sera communiqué au procureur de la République qui fournira son avis. Le juge des enfants peut, soit renvoyer le mineur devant le tribunal pour enfants, soit devant le juge d'instruction (notamment si des difficultés se présentent pour l'exécution d'une enquête souple).

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à suivre, il ne prononcera par une

(11) Le tribunal de la Seine est la seule juridiction possédant plusieurs juges des enfants, aussi l'ordonnance adopte-t-elle une procédure identique à celle de l'article 83 C.P.P. lorsqu'un tribunal possède plusieurs juges d'instruction.

ordonnance de non-lieu, mais une décision de relaxe. Il s'agit là d'une particularité qui ne peut s'expliquer que par faveur pour l'enfant. Si la prévention n'est pas suffisamment établie, le mineur bénéficie d'une décision qui ne pourra pas être remise en cause, à la différence d'une ordonnance de non-lieu (11 bis). Enfin, le juge des enfants peut statuer au fond seul lorsqu'il prononce à l'égard du mineur une mesure peu attentatoire à son statut familial.

408. — Ainsi la loi a mis à la disposition du juge des enfants une procédure souple, excluant tout formalisme pour « agir utilement et sans retard, dans l'intérêt de la protection efficace de l'enfant » (12). Dans ces conditions, est-il permis de qualifier ces actes d'actes d'instruction ? Cette question pourrait se poser pour savoir si ces actes sont susceptibles d'interrompre le cours de la prescription.

Dans la mesure où les actes de l'enquête officieuse, devenue préliminaire, avaient cet effet, le problème peut sembler d'aucune utilité. Toutefois, il importe de rechercher si les actes effectués par le juge des enfants peuvent être considérés comme des actes d'instruction.

Si le juge des enfants observe les règles du Code de procédure pénale, la réponse ne fait aucun doute. Plus délicate est la situation lorsque le juge procède par voie d'enquête officieuse. Il convient, cependant, de remarquer qu'au moment même où l'alinéa 2 de l'article 8 était modifié, la procédure pénale de droit commun ne connaissait que l'enquête préliminaire. Ainsi, le législateur entendait laisser une différence entre l'enquête officieuse et l'enquête préliminaire. Le juge des enfants peut donc agir sans observer les règles protectrices qui aboutiraient à une certaine publicité. D'autre part, cette enquête officieuse n'est pas nécessairement confiée à un officier de police judiciaire. Dans l'esprit de la loi, le juge des enfants lui-même doit mener l'enquête et s'il lui est impossible de procéder personnellement, il convient qu'il se fasse aider par des personnes qualifiées par leurs connaissances des problèmes de l'enfance.

D'un point de vue purement juridique, la qualification d'actes d'instruction est aussi admissible. Le juge des enfants, en effet, ne se saisit pas lui-même de l'affaire : ses pouvoirs interviennent après la requête émanée du procureur de la République (art. 5 al. 2), ou après le dessaisissement d'un juge d'instruction (art. 7). Mais surtout une garantie toute particulière réside dans le statut de ce magistrat (13).

409. — Le juge des enfants est un magistrat du siège au même titre qu'un juge d'instruction. Il est choisi parmi les juges composant le tribunal de grande instance, siège du tribunal pour enfants. Les

(11 bis) Voir les critiques de M. Vitu, *Mélanges Hugueney*, p. 252 et ss.

(12) Exposé des motifs de l'ordonnance du 2-2-1945.

(13) Le statut personnel du juge des enfants figurait dans l'ordonnance de 1945. Les réformes qui intervinrent en 1958 ont regroupé en un seul texte tout ce qui concerne l'organisation des juridictions pour mineurs (ord. n° 58-1274 du 22-12-1958).

fonctions lui sont confiées pour trois ans et la nomination est faite en la forme prévue pour les magistrats du siège. Si le juge des enfants se trouve momentanément empêché de remplir ses fonctions, le tribunal de grande instance désignera un de ses membres selon la procédure suivie pour le remplacement d'un juge d'instruction. Enfin, s'il existe plusieurs juges des enfants au siège du même tribunal, ce qui n'est réalisé qu'au tribunal de la Seine, la répartition des affaires sera effectuée par le président du tribunal pour enfants, selon la procédure de désignation des juges d'instruction (art. 83 C.P.P.). Ainsi, le ministère public n'intervient pas dans le choix du juge des enfants, qui bénéficie d'un statut analogue à celui d'un juge d'instruction.

Mais le juge des enfants est aussi désigné compte tenu de l'intérêt qu'il porte aux problèmes de l'enfance, ainsi que de ses aptitudes. C'est un magistrat vraiment spécialisé. Dès lors, l'esprit qui l'anime est très différent de celui d'un juge d'instruction. Moins orienté vers la recherche de la vérité objective, il se soucie plus de la personnalité du mineur. Il est moins nécessaire, dans ces conditions, d'accorder des garanties objectives aux inculpés puisque des garanties supplémentaires sont accordées dans le choix du magistrat.

Pour ces diverses raisons, nous estimons que le juge des enfants accomplit véritablement des actes d'instruction, même lorsqu'il procède par voie d'enquête officieuse.

§ 2. — Le président de la cour d'assises.

410. — En matière criminelle, l'instruction préparatoire est menée obligatoirement à deux degrés. Après l'examen de la chambre d'accusation, l'affaire peut être renvoyée devant la cour d'assises pour être jugée. Préalablement à la saisine de cette juridiction, différentes formalités devront être accomplies. Ainsi, l'article 272 C.P.P. (ancien art. 293 C.I.C.) prévoit l'interrogatoire de l'accusé dans les 24 heures de son arrivée à la maison de justice attachée à la juridiction. Au cours de cet interrogatoire, le président de la cour d'assises s'enquerra si l'accusé a fait choix d'un conseil (14). Un procès-verbal sera dressé, et signé par l'accusé, le greffier et le magistrat (15).

Cette formalité a uniquement pour but d'assurer la défense de l'inculpé devant la juridiction de jugement (16). Toutefois, cet interrogatoire pourra permettre au président de la cour d'assises d'appré-

(14) L'article 293 C.I.C. prescrivait au président de la cour d'assises d'avertir l'accusé qu'il pouvait former un pourvoi contre l'arrêt de renvoi dans les 5 jours. Cette disposition n'a pas été reprise.

(15) Il a été souvent jugé que le président de la cour d'assises pouvait se décharger de l'accomplissement de cet acte sur tout autre magistrat. En l'absence de délégation formelle, la Cour de cassation estime qu'il y a présomption d'empêchement (ainsi Crim., 2-2-1961, B. 72 et Crim., 16-9-1961, B. 369). Voir CHAPAR, « Manuel de la Cour d'assises », p. 43 à 48.

(16) Ainsi : Crim., 4-6-1931, B. 151 ; Crim., 29-7-1948, B. 214.

cier si une information supplémentaire ne serait pas utile, avant l'ouverture des débats (17). De nouvelles recherches peuvent être nécessaires et il importe que le dossier soit complet, car la cour d'assises est une formation temporaire à laquelle tous les documents utiles devront être soumis.

Seul le président de la cour d'assises peut remplir une telle mission puisque, désigné par une ordonnance du premier président de la cour d'appel, il dispose de pouvoirs pour toute la durée du trimestre (art. 245 C.P.P.).

Le Code d'instruction criminelle lui reconnaissait déjà certaines attributions (art. 301 à 305 C.I.C.). Le Code de procédure pénale a repris ces dispositions en les exposant de manière plus méthodique. Placés dans le chapitre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises, ces pouvoirs figurent dans une section 2, intitulée « Des actes facultatifs ou exceptionnels » (art. 283 et ss. C.P.P.).

Ainsi l'information peut être continuée jusqu'à l'ouverture des débats. Quelle qualification sera donnée à ces actes ? Pour nous permettre de répondre à cette question, nous envisagerons préalablement les pouvoirs accordés au président de la cour d'assises.

A. — LES POUVOIRS DU PRÉSIDENT DE LA COUR D'ASSISES.

411. — Le C.I.C. contenait des dispositions laconiques que la jurisprudence a été amenée à compléter. Le C.P.P. a tenu essentiellement compte de cette interprétation. Deux problèmes se posent relativement aux pouvoirs : d'une part, la détermination précise du titulaire, d'autre part, le contenu de ces attributions.

1. — *La détermination du titulaire.*

412. — L'article 283 C.P.P., reprenant la disposition de l'article 303 C.I.C. mentionne le président de la cour d'assises. Dès lors, doit être exclue toute intervention du ministère public. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dès un arrêt du 2 septembre 1847 (18). « Il résulte de l'article 303 C.I.C. que, lorsque la cour d'assises a été saisie par un arrêt de renvoi, le président de cette cour, pendant la session, après l'ouverture des assises comme pendant le débat, a reçu de la loi une délégation formelle pour compléter l'instruction des affaires criminelles qui y ont été portées... les procureurs du roi... ne peuvent sans violer les règles de la compétence et sans intervertir l'ordre des juridictions, faire d'acte d'instruction. »

De nombreux autres arrêts annulent les actes effectués sur l'ordre du ministère public (19). En revanche, se trouvent validées les consta-

(17) Crim., 14-1-1960, B. 20. Voir aussi dans un sens voisin, Crim., 10-4-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 176.

(18) Crim., 2-9-1847 ; D.P. 1847.IV.132, B. 204.

(19) Ainsi, Crim., 29-8-1878 ; D.P. 1879.I.235 (interrogatoire) ; Crim., 12-2-1880 ; D.P. 1880.I.191 (perquisition) ; Crim., 22-12-1881 ; D.P. 1882.I.192 (expertise).

tations urgentes qui ont été effectuées par le procureur de la République. Ainsi, le 12 septembre 1861 (20), il est affirmé que ne portent pas les caractères d'une instruction véritable les renseignements qui pouvaient être utiles à la manifestation de la vérité. En agissant de cette manière, les officiers du ministère public ont rempli leur devoir, « en ne laissant pas dépérir et disparaître les éléments de conviction qu'il importait de soumettre à l'appréciation du jury ».

413. — Si le ministère public se contente d'obtenir de simples renseignements, il n'en résultera aucun empiètement sur les attributions du président de la cour d'assises (21). Ces renseignements, comme tous les actes dressés par la police judiciaire, ne pourront servir à fonder une décision que dans la mesure où ils auront été soumis à la libre discussion des parties. C'est ce qui fut rappelé par un arrêt du 16 juillet 1892 (22). Si le président de la cour d'assises avait ordonné la jonction des documents au dossier, les témoignages recueillis n'avaient pas été communiqués à l'accusé.

Le ministère public ne peut donc pas accomplir des actes réservés par la loi au président de la cour d'assises. Si des éléments nouveaux sont révélés, le procureur de la République doit requérir du président de la cour d'assises l'accomplissement des actes estimés utiles (23).

414. — La question peut, alors, se poser de savoir quel est le président de la cour d'assises compétent. Ce magistrat est désigné pour un trimestre et la session peut déjà avoir été tenue. Est-il encore compétent pour ordonner des mesures d'instruction, ou bien ces attributions doivent-elles être exercées par le magistrat qui sera en exercice ? Ni l'article 283 C.P.P. ni les dispositions du C.I.C. n'ont précisé ce point. La jurisprudence, en revanche, a été amenée à connaître de ce problème.

Dans l'hypothèse où les pouvoirs du président étaient expirés, la Cour de cassation a admis la validité des actes accomplis. Par un arrêt du 30 août 1844 (24), il est reconnu que le président de la cour d'assises qui avait prescrit une expertise demeurerait compétent pour compléter le supplément d'instruction. Ce magistrat a la possibilité d'ordonner les mesures qui se trouvent être la conséquence normale d'un premier acte décerné alors qu'il avait pleine compétence : notamment il avait pu remplacer valablement un expert.

(20) Crim., 12-9-1861, B. 207 ; S. 1862.I.109.

(21) Crim., 16-1-1868, B. 13 (recherche de l'identité réelle d'une personne arrêtée).

(22) Crim., 16-7-1892 ; D.P. 1893.I.431.

(23) Il n'est pas nécessaire, en ce cas, d'ordonner un supplément d'information : Crim., 27-4-1849, B. 98.

(24) Crim., 30-8-1844, B. 305.

Une solution identique est consacrée le 17 janvier 1856 (25) pour l'audition de témoins. Mais c'est l'arrêt du 9 août 1860 (26) qui pose nettement le principe que le magistrat désigné pour un trimestre n'est pas dessaisi de ses attributions après la clôture de la session. A nouveau, cette position est reconnue dans un arrêt du 29 avril 1869 (27).

La Cour de cassation a été saisie également de l'hypothèse inverse : celle où les actes ont été accomplis par le magistrat qui devait être en exercice le trimestre suivant. Le 13 novembre 1856 (28), la chambre criminelle admettait que le président d'une cour d'assises qui aurait à juger un accusé puisse effectuer toutes mesures nécessaires à la découverte de la vérité avant le commencement du trimestre.

De même, le président de la cour d'assises peut interroger les accusés qu'il jugera (29). Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rejeté, à bon droit, les critiques présentées par des plaideurs trop habiles. Il est, en effet, difficile de prévoir à l'avance le temps que durera un supplément d'information, et le magistrat le plus compétent pour le mener est celui qui s'est rendu compte des lacunes de l'instruction. D'autre part, il ne saurait être fait grief à un magistrat d'examiner préalablement le dossier des affaires qui vont lui être soumises, car il agit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

415. — Mais si la loi confère des attributions d'instruction au président de la cour d'assises, il n'est pas, pour autant, spécifié qu'il doive les exercer personnellement. Déjà, l'article 303 C.I.C. autorisait le magistrat à déléguer un juge d'instruction, et l'article 283 al. 2 C.P.P. reprend cette faculté.

La Cour de cassation a largement admis les délégations de pouvoirs, malgré le texte restrictif de l'article 303 C.I.C. Ainsi un arrêt du 22 avril 1836 (30) considère qu'il n'est pas nécessaire pour déléguer que les témoins soient domiciliés dans un ressort différent de celui du président de la cour d'assises. La commission rogatoire serait valide même si elle a été délivrée par le président avant la notification, à l'accusé, de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation (31).

En matière de délégations, la chambre criminelle s'est montrée aussi large qu'elle l'avait été pour les délégations du juge d'instruction (32). Un arrêt du 2 janvier 1864 (33) autorise le président de

(25) Crim., 17-1-1856, B. 23 (la Cour constate, en outre, que les témoins avaient été cités et que les témoignages écrits n'avaient pas été transmis aux jurés).

(26) Crim., 9-8-1860, B. 187.

(27) Crim., 29-4-1869, B. 99.

(28) Crim., 13-11-1856, B. 347. En l'espèce, le magistrat avait procédé à l'impression et à la distribution du plan des lieux du crime.

(29) Crim., 21-1-1864, B. 16 et Crim., 29-4-1869, B. 97.

(30) Crim., 22-4-1836, B. 127.

(31) Hypothèse de Crim., 3-10-1844, B. 335.

(32) Délégation à un juge de paix : Crim., 7-7-1847, B. 153 ; S. 1847.I.877 ; délégation à un commissaire de police : Crim., 28-8-1902, B. 300 ; Snddélégation à un officier de police judiciaire : Crim., 11-12-1856, B. 392.

(33) Crim., 2-1-1864, B. 2 (voir aussi Crim., 12-7-1833, B. 268).

la cour d'assises à déléguer soit un assesseur, soit un juge d'instruction. Cette dernière solution est consacrée législativement par l'article 283 C.P.P.

Très souvent, en effet, le président de la cour d'assises n'effectue pas l'information personnellement (34). Toutes les solutions admises antérieurement au Code de procédure pénale demeurent valables, à l'exception, toutefois, de celle adoptée le 30 mars 1916. En l'espèce, le président de la cour d'assises avait décidé de confier l'information à un juge d'instruction. Mais au lieu de le choisir lui-même, il avait chargé le procureur de la République de ce soin. Cette pratique, conforme à la tradition établie sous le C.I.C., ne serait plus acceptée actuellement. On considère, en effet, que ce choix porte atteinte à l'indépendance du magistrat instructeur. En revanche, la détermination du magistrat par le président du tribunal serait admise : il s'agirait, en quelque sorte, du remplacement d'un magistrat par un autre. Aucune atteinte à l'indépendance n'en résulterait puisque le choix dépendrait toujours d'un magistrat du siège. La personne du titulaire des pouvoirs étant ainsi définie, il convient de rechercher quelles attributions la loi lui a conférées.

2. — *Le contenu des pouvoirs.*

416. — L'article 301 C.I.C. indiquait en son alinéa 1^{er} que l'instruction était continuée jusqu'aux débats, puis l'article 303 prévoyait l'hypothèse de l'audition de témoins. Deux conceptions étaient possibles : ou bien considérer l'article 303 comme limitatif, ou bien l'admettre comme un exemple des pouvoirs accordés.

Cette dernière interprétation a été consacrée par la Cour de cassation. Puisque l'instruction est continuée selon l'article 301, rien n'empêche l'audition de nouveaux témoins ou l'audition nouvelle de personnes ayant déjà déposé. Les pouvoirs du président de la cour d'assises ne se trouvent pas limités puisqu'il possède la faculté de reprendre les actes déjà accomplis par les différentes juridictions d'instruction. Un arrêt du 22 avril 1836 (35) atteste que l'article 301 est une disposition générale permettant de réunir toutes les preuves avant que l'affaire soit soumise à la juridiction de jugement. En matière criminelle, en effet, les débats doivent être continués sans déssemparer jusqu'au jugement.

(34) Ainsi Crim., 7-7-1899, B. 196 ; Crim., 16-6-1900 ; B. 219 ; Crim., 23-7-1903, B. 275 ; Crim., 17-9-1903, B. 333 ; Crim., 27-7-1905, B. 373 ; Crim., 1-9-1910, B. 480 ; D.P. 1910.I.482 ; S. 1911.I.421 ; Crim., 21-11-1912, B. 564 ; Crim., 30-3-1916, B. 76 ; Crim., 24-2-1921, B. 95 ; S. 1922.I.240 ; Crim., 15-6-1934, B. 118 ; Crim., 22-12-1938 ; D.C. 1944, J. 153 ; Crim., 21-2-1946, B. 66.

(35) Crim., 22-4-1836, B. 127.

Il a pu être procédé valablement à l'audition de nouveaux témoins, acte prévu expressément (36), mais aussi à des confrontations (37), à des expertises (38), ou à l'établissement du plan des lieux (39). Ainsi, la jurisprudence a donné une interprétation très large de l'article 301 al. 1 C.I.C. Une solution identique résulte de l'application du C.P.P. dont l'article 283 al. 1 permet au président de la cour d'assises « d'ordonner tous actes d'information qu'il estime utiles ».

417. — Outre la faculté de prescrire de nouveaux actes, le président de la cour d'assises peut effectuer à nouveau des actes déjà accomplis. Cette jurisprudence s'est élaborée à propos de l'article 303 C.I.C. prévoyant l'audition de nouveaux témoins. Il a été soutenu à l'appui de pourvois en cassation qu'il était, dès lors, impossible d'entendre à nouveau les témoins qui avaient déjà déposé. La Cour de cassation ne s'est pas laissée circonvenir par cette interprétation littérale de l'article 303 qui aurait eu pour résultat de gêner la conduite de l'information. Il peut être nécessaire de faire préciser tel détail par un témoin en vue de corroborer ce résultat avec ceux obtenus par d'autres actes. De nombreux arrêts ont souligné le caractère énonciatif de l'article 303, qui ne pouvait empêcher l'audition de témoins déjà entendus (40). Dès lors, il a été admis qu'il soit possible de procéder à de nouveaux interrogatoires (41).

En quelque sorte, le président de la cour d'assises ou son délégué possède un droit de révision puisqu'il a la possibilité de recommencer des actes déjà accomplis. Il semble qu'actuellement ce pouvoir ne soit plus possible. En effet, l'article 283 C.P.P. limite les hypothèses d'ouverture de ces pouvoirs au cas où « l'instruction semble incomplète » et à celui où des éléments nouveaux sont survenus. Il apparaît que ces attributions exceptionnelles ne permettent pas d'effectuer à nouveau des actes de l'information. A la vérité, cette interdiction n'est qu'apparente, car si le juge effectue à nouveau un acte c'est parce qu'il le considère incomplet. Dès lors, l'acte doit être complété pour permettre à la juridiction de jugement d'être pleinement éclairée.

La jurisprudence élaborée antérieurement par la cour de cassation se trouve consacrée par le membre de phrase de l'article 283, apparemment limitatif. Le président de la cour d'assises dispose pra-

(36) *Crim.*, 4-12-1852, B. 392 ; *Crim.*, 16-12-1852, B. 407 ; *Crim.*, 4-8-1854 ; S. 1855.I.545, B. 250 ; *Crim.*, 7-7-1899, B. 196.

(37) *Crim.*, 16-6-1900, B. 219 ; *Crim.*, 26-7-1912, B. 429 ; *Crim.*, 1-9-1910, B. 480 ; D.P. 1910.I.482 ; S. 1911.I.421.

(38) *Crim.*, 30-8-1844, B. 305 ; *Crim.*, 2-3-1922, B. 92 ; *Crim.*, 24-10-1929, B. 238.

(39) *Crim.*, 13-11-1856, B. 347 ; D.P. 1856.I.469.

(40) *Crim.*, 22-4-1836, B. 127 ; *Crim.*, 4-12-1852, B. 392 ; *Crim.*, 16-12-1852, B. 407 ; *Crim.*, 4-8-1854, B. 250 ; *Crim.*, 31-1-1895 ; D.P. 1899.I.462 ; *Crim.*, 28-8-1902, B. 300.

(41) Les arrêts sont intervenus à propos de l'application de la loi de 1897 à ces interrogatoires : *Crim.*, 16-6-1900, B. 219 ; *Crim.*, 23-7-1903, B. 275 ; *Crim.*, 10-11-1906, B. 400 ; *Crim.*, 24-2-1921, B. 95 ; *Crim.*, 24-7-1930, B. 214 et *Crim.*, 15-11-1951, B. 297.

tiquement de pouvoirs illimités. Il convient alors de rechercher la nature exacte des actes accomplis en vertu de ces attributions.

B. — LA NATURE DES ACTES.

418. — Si la question n'a jamais été posée quant à l'effet interruptif de ces actes, en revanche, nombreuses sont les décisions rendues à propos de l'application de la loi du 8 décembre 1897. Avant l'intervention de ce texte, il n'était pas distingué entre ces actes et ceux effectués par un juge d'instruction. Mais cette loi introduisant différentes formalités au cours de l'instruction préalable a eu un champ d'application restreint aux seuls actes de l'information préparatoire. Notamment, la Cour de cassation n'a jamais admis qu'elle fût applicable aux procédures menées par le président de la cour d'assises ou les personnes déléguées par ce magistrat.

Toutefois, les actes accomplis apparaissaient comme des actes d'instruction. En sorte que la notion d'acte d'instruction était devenue dualiste : si un juge d'instruction effectuait un interrogatoire en vertu de son pouvoir propre, il devait se conformer à des règles qui devenaient facultatives lorsqu'il agissait par délégation du président de la cour d'assises (42). La seule justification de l'exclusion de la loi de 1897 résidait dans la célérité nécessaire de ces informations supplémentaires (43). La loi du 28 octobre 1955 avait tenté de supprimer la différence existant entre l'instruction préparatoire et les suppléments d'information.

En réalité, ce texte ne pouvait être applicable à l'information menée par le président de la cour d'assises. Le nouvel article 15 de la loi de 1897 précisait que les formalités étaient applicables « aux suppléments d'information ordonnées par toutes juridictions ». Or, le président de la cour d'assises à lui seul ne constitue pas une juridiction. Dans ces conditions, le magistrat n'était pas tenu au respect des différentes formes. L'article 283 C.P.P. a mis fin à cette discordance. Avant de procéder à l'analyse de ce texte, nous allons jeter un regard sur la jurisprudence antérieure.

419. — 1. Déjà sous l'empire du seul Code d'instruction criminelle, la Cour de cassation avait adopté une position restrictive pour admettre les vices des actes effectués par le président de la cour d'assises. En principe, le juge d'instruction est assisté, pour l'exécution des différents actes, d'un greffier. Il semble que dans l'information menée par le président de la cour d'assises cette assistance ne soit pas obligatoire.

(42) ROUX contestait l'application de règles différentes, selon que le juge d'instruction agissait *ex officio* ou par délégation (note sous Crim., 24-2-1921 ; S. 1922.I.240 ; Cours de droit pénal, Tome II, n° 357).

(43) En ce sens, ROUX, *op. cit.*, Tome II, n° 509.

En effet, dans un arrêt du 18 janvier 1855 (44), la chambre criminelle admet la validité d'un acte qui ne portait pas la signature du greffier. En l'espèce, cet acte manifestait l'intention du magistrat de procéder à une information et à un transport sur les lieux. L'accusé invoqua la nullité de cet acte pour violation de l'article 1040 du Code de procédure civile, prévoyant que tout juge doit être assisté d'un greffier pour les actes et procès-verbaux de son ministère. La Cour de cassation rejeta cette prétention en invoquant, d'abord, l'autonomie de la procédure pénale à l'égard de la procédure civile, et en outre que l'acte, simple manifestation d'intention, ne contenait aucune constatation. Dans ces conditions, les droits de la défense n'avaient pu être violés du moment que les actes accomplis en vertu de cette décision avaient été effectués régulièrement en présence du greffier. En d'autres termes, la chambre criminelle aurait sûrement statué différemment si le grief avait été formulé à l'encontre d'un interrogatoire (45).

En définitive, dans ces diverses hypothèses, il est reconnu que les actes n'avaient pu exercer réellement d'influence : il n'était donc pas nécessaire d'en prononcer la nullité bien qu'elles témoignent de fâcheuses pratiques.

420. — D'autre décisions ont été rendues relativement à l'application de l'article 257 C.I.C. Aux termes de cette disposition légale, il était impossible à un magistrat ayant déjà connu de l'affaire au titre de l'instruction préparatoire de participer à la cour d'assises (46). Or, la Cour de cassation a toujours considéré que l'utilisation des pouvoirs par le président de la cour d'assises ne constituait pas une violation du principe de la séparation des fonctions (47).

Normalement l'interdiction du cumul aurait dû être prononcée puisque le président de la cour d'assises ne serait plus un juge aussi impartial, en raison de sa connaissance du dossier et de sa participation à la confection du dossier. Mais il faut reconnaître que la lettre de la loi était favorable à l'interprétation jurisprudentielle : l'article 257 indiquait : « le juge d'instruction » et « les magistrats ayant voté sur la mise en accusation ». Surtout, une raison pratique justifiait ce supplément d'information : il convient que la cour d'assises possède le dossier le plus complet possible, et mieux vaut confier cette mission au magistrat qui aura à utiliser le dossier.

En réalité, ces différentes solutions consacrées par la Cour de cassation ne mettent pas véritablement en péril l'unité de la notion

(44) Crim., 18-1-1855, B. 14.

(45) Voir cependant 20-6-1872, B. 146, qui ne prononce pas la nullité d'un procès-verbal de constat rédigé sans l'assistance d'un greffier.

(46) L'article 1^{er} de la loi du 8-12-1897 a prescrit l'interdiction générale pour un juge d'instruction de participer au jugement des affaires qu'il a instruites (l'art. 257 C.I.C. s'appliquait seulement à la cour d'assises) cf. art. 49 C.P.P. et 253 C.P.P.

(47) Ainsi Crim., 12-7-1833, B. 268 ; Crim., 22-4-1836, B. 127 ; Crim., 26-2-1841, B. 53 ; Crim., 30-8-1844, B. 305 ; Crim., 31-1-1895 ; D.P. 1899.1462.

d'acte d'instruction. Les actes effectués par le président de la cour d'assises sont des actes d'instruction et figurent comme tels au dossier, à la différence des mesures ordonnées par le ministère public qui sont uniquement de simples renseignements.

421. — L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 allait modifier profondément cet état de choses, en introduisant une certaine contradiction au sein de l'instruction préparatoire. Dès un arrêt du 24 décembre 1898 (48), la chambre criminelle refuse l'application de cette loi au supplément d'information exécuté par le président de la cour d'assises. S'agissant d'une ordonnance de jonction du rapport d'un expert, il était sollicité la nullité de la procédure pour non-communication de cet acte au conseil de l'inculpé (en vertu de l'art. 10 al. 2). Sans même examiner s'il s'agissait d'une ordonnance juridictionnelle ou non, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que la loi de 1897 concerne uniquement l'instruction préparatoire antérieure au dessaisissement du juge d'instruction (49).

Dans ces conditions, les actes de l'instruction supplémentaire sont accomplis dans des formes différentes des actes de l'instruction préparatoire. Les premiers sont régis exclusivement par le Code d'instruction criminelle, et les seconds doivent aussi observer la loi du 8 décembre 1897.

Actes à statut différent.

422. — Le plus important de ces actes est l'interrogatoire de l'inculpé. Par un arrêt du 16 juin 1900 (50), la Cour de cassation affirme qu'aucune nullité ne résulte d'un interrogatoire effectué hors la présence du défenseur. Il en est de même si les irrégularités sont relatives aux formalités préalables à l'interrogatoire (51). Un arrêt du 15 novembre 1951 (52) témoigne de la continuité de cette solution, dans une espèce où le défenseur n'avait reçu aucune convocation ni communication de la procédure.

A cet égard, un arrêt du 24 février 1921 (53) est tout à fait révélateur. Un président de cour d'assises avait estimé nécessaire un supplément d'information. Ne désirant pas en effectuer la procédure personnellement, il avait chargé de ce soin un juge d'instruction. Dans la délégation adressée à ce magistrat, le président de la cour

(48) Crim., 24-12-1898 ; S. 1899.I.297, note Roux. Voir aussi Crim., 16-6-1898, *eod. loc.*, relativement à un témoignage recueilli au cours d'une information supplémentaire avant l'ouverture des débats.

(49) Attitude analogue de la Cour de cassation, le 9-6-1899 (B. 147) ; S. 1902.1.469, dans une affaire relative à la délivrance de commissions rogatoires (il suffisait de constater que les actes n'étaient pas juridictionnels). De même, le 8-3-1901 (B. 76), le principe seul est énoncé, sans les circonstances de fait.

(50) Crim., 16-6-1900, B. 219.

(51) Crim., 23-7-1903, B. 275.

(52) Crim., 15-11-1951, B. 297.

(53) Crim., 24-2-1921, B. 95 ; S. 1922.I.240 ; D.P. 1921.I.171.

d'assises avait précisé que l'interrogatoire soit effectué selon la procédure de la loi de 1897. Or, le juge d'instruction avait omis de convoquer le conseil de l'accusé. Se posait, alors, le sort de l'acte accompli. Si légalement le président de la cour d'assises ou son délégué pouvait s'abstenir de respecter la loi de 1897, n'en serait-il pas différemment du moment que la commission rogatoire en prévoyait l'application. La Cour de cassation n'a pas cherché à déterminer quelle solution devait prévaloir en présence de ce conflit et elle adopta sa politique traditionnelle d'exclusion de la loi de 1897.

En vérité, cette solution était d'autant plus choquante que dans l'espèce présente l'instruction intervenait après une procédure de contumace : l'inculpé jusqu'alors n'avait bénéficié d'aucune mesure favorable et il ignorait tout du dossier préparé. Une situation identique s'était déjà présentée le 1^{er} septembre 1910 (54) et la chambre criminelle n'avait pas admis que l'accusé contumax puisse obtenir la protection de la loi de 1897. Dans cette hypothèse, la position jurisprudentielle pouvait être plus facilement critiquée. Si l'exclusion du formalisme de l'interrogatoire est justifiée par le caractère urgent des actes, il n'est pas certain que la même célérité soit de mise quand l'accusé n'a pas participé à l'information judiciaire. Les autres actes de l'instruction, modifiés par la loi de 1897, recevaient la même défaveur. Telle a été la solution adoptée pour les confrontations (55).

423. — La Cour de cassation a aussi refusé de sanctionner une irrégularité consistant dans la non-présentation à l'accusé des pièces à conviction (56). Ainsi que le montre M. Philonenko, la Cour de cassation a raisonné en comparant les pièces à conviction à des éléments du dossier dont la communication pourrait être faite au seul profit du conseil de l'inculpé. Il s'agissait ainsi d'une question relative à l'application de la loi de 1897, et aucune nullité ne pouvait être encourue. En réalité, les pièces auraient dû être présentées à l'accusé avant d'être soumises à l'expertise. Loin de constituer un acte soumis à des règles nouvelles, l'expertise demeurait régie par le Code d'instruction criminelle auquel était tenu le président de la cour d'assises.

Actes soumis aux règles du C.I.C.

424. — L'expertise, en effet, est un des actes qui n'ont pas été modifiés par la loi de 1897. Aussi les formes prévues doivent-elles être respectées : notamment l'expert devra avoir prêté préalablement le serment. Si, le 2 mars 1922 (57), la Cour de cassation rejette une

(54) Crim., 1-9-1910, B. 480 ; D.P. 1910.I.482 ; S. 1911.I.421. Cette solution est inspirée par le fait que la loi de 1897 ne peut bénéficier qu'à l'inculpé qui se tient à la disposition de la justice (cf. Crim., 13-10-1955, B. 404). Il en serait autrement depuis le C.P.P.

(55) Crim., 16-6-1900, B. 219 ; Crim., 23-7-1903, B. 275 ; Crim., 26-7-1912, B. 429.

(56) Crim., 22-12-1938 ; D.C. 1944.J.153, note Philonenko.

(57) Crim., 2-3-1922, B. 92.

demande fondée sur la nullité d'un procès-verbal constatant irrégulièrement la prestation du serment d'un expert, c'est en raison du fait que le défaut de cet acte n'avait pas été invoqué devant la juridiction de jugement. Ni l'accusé, ni son défenseur n'avaient élevé d'objection devant la cour d'assises. D'ailleurs, l'irrégularité était mineure ; il en aurait été différemment s'il avait été contesté la réalité de la prestation de serment. C'est ce qu'a jugé la chambre criminelle le 24 octobre 1929 (58). En l'espèce le président de la cour d'assises avait prescrit une expertise après l'arrêt de renvoi, mais aucun document ne constatait la prestation de serment. Dans ces conditions, la nullité de l'expertise était encourue.

De même, en principe, les actes de l'instruction préparatoire sont secrets. Cette règle était conservée à titre d'usage, comme un legs de l'ordonnance de 1670 (59). Si la violation de cet usage n'a jamais été sanctionnée par la nullité, au cours de l'instruction préparatoire, c'est une solution identique qui est admise pour le supplément d'information mené par le président de la cour d'assises. Le 22 décembre 1948 (60), la Cour de cassation estime que la communication d'une procédure en cours faite soit à l'inculpé, à la partie civile ou à des tiers n'a pas pour résultat de vicier la procédure en question. Si le secret résulte du texte même des articles 302 et 303 C.I.C., ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité. En l'espèce, d'ailleurs, le magistrat avait donné communication du dossier à un avocat qui était sur le point d'être le conseil d'une partie civile, en sorte que l'accusé n'avait pu subir de préjudice. Une solution similaire serait adoptée actuellement malgré la présence de l'article 11 C.P.P. prescrivant le secret des enquêtes et des informations. Cette disposition, en effet, constitue la formulation juridique d'un précepte moral, en vue de ne pas jeter, à tort, le discrédit sur une personne parfaitement honnête (61). L'article 11 édicte une sanction pénale sans prévoir la nullité des actes exécutés en violation de la règle.

425. — Pour assurer le respect des mêmes règles en matière d'instruction préparatoire, la loi du 28 octobre 1955 avait ajouté un article 15 à la loi du 8 décembre 1897, selon lequel les différentes formalités étaient applicables à tous suppléments d'information ordonnés par une juridiction. N'était donc pas soumise à cette loi l'instruction supplémentaire effectuée par le président de la cour d'assises. La Cour de cassation eut à connaître de l'application éventuelle de cette

(58) Crim., 24-10-1929, B. 238. La différence avec l'arrêt de 1922 provient du fait que dans ce dernier cas, la preuve de la prestation du serment n'était pas rapportée, tandis que dans l'autre espèce, il était possible de considérer le commencement de preuve.

(59) Cf. J. TREILLARD, « Les caractères de l'instruction préparatoire en procédure pénale », n° 18 ; *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, (n° 3).

(60) Crim., 22-12-1948, B. 295.

(61) Voir sur les dangers que la publicité fait courir à l'honneur du détenu, les observations de MM. BOUZAT et LOUSSOUARN à propos de la conférence de M. SASSERATH, *Rev. int. Droit pénal*, 1946, p. 173.

loi, le 4 juin 1959 (62). Devant la difficulté qui consistait à résoudre une question non tranchée par le législateur, la chambre criminelle préféra s'en tenir au deuxième moyen proposé qui, à lui seul, entraîna l'annulation de toute la procédure. En l'espèce, en effet, aucune pièce ne permettait de prouver, ni même d'établir, une présomption que l'instruction complémentaire avait été communiquée à la défense, selon la prescription de l'article 302 al. 2 C.I.C. Actuellement, aucune difficulté ne pourrait être soulevée de ce chef car l'article 283 C.P.P. a pris le soin de préciser quelles règles devaient être observées.

426. — 2. Cependant, une lecture un peu rapide de l'article 283 C.P.P. permet de manifester un certain étonnement. Après avoir indiqué que le président de la cour d'assises peut ordonner tous actes d'information, l'alinéa 2 autorise la délégation de pouvoirs, et *in fine* précise : « Dans ce cas, les prescriptions du chapitre I du titre III, Livre I^{er}, doivent être observées. » Il peut sembler que l'expression « dans ce cas » vise exclusivement le juge d'instruction délégué par le président de la cour d'assises.

Une telle interprétation trop littérale aboutirait à considérer que seul le juge d'instruction puisse effectuer des actes d'instruction d'office ou sur délégation. Il ne semble pas, de surcroît, que le législateur ait voulu établir une distinction selon la personne chargée de l'exécution des actes. Telle est l'opinion de M. Marquiset (63), qui paraît raisonnable. Le délégué et le délégant possèdent les mêmes attributions. Si l'un effectue des actes d'instruction, aucun motif ne peut justifier que l'autre n'en fasse pas.

Il convient, alors, de remarquer, d'une part, que le président de la cour d'assises dispose seulement du droit d'accomplir des actes d'instruction, et, d'autre part, que ces actes ne seront pas soumis à certains contrôles, en raison de la qualité du magistrat qui les effectue.

427. — Le président de la cour d'assises peut procéder à tous actes d'information qu'il estime utiles, précise l'article 283 al. 1 C.P.P. Par ces termes, il ne faut pas comprendre que — *de plano* — toutes les attributions du juge d'instruction lui soient dévolues. Notamment, il ne possède aucun pouvoir juridictionnel. Ainsi, lors de la clôture de l'information, il ne sera pas rendu d'ordonnance juridictionnelle de fin d'instruction. Il suffira au magistrat de déposer les actes effectués et les documents au greffe de la juridiction pour qu'ils se trouvent joints au dossier. Le greffier sera tenu d'aviser de ce dépôt le ministère public et les parties. Ces dernières pourront, ainsi, prendre connaissance des nouveaux éléments du dossier (art. 284 C.P.P.) (64).

(62) Crim., 4-6-1959, B. 300.

(63) MARQUISET, Jurisclasseur de procédure pénale, art. 268 à 287. En ce sens également STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 764.

(64) L'article 284 C.P.P. (al. 1 et 2) reproduit la disposition de l'article 302 al. 2 C.I.C., telle que la jurisprudence l'interprétait. Cf. Crim., 4-6-1959, B. 300 ; Crim., 9-8-1948, B. 231 ; Crim., 22-1-1931, B. 20 ; Crim., 30-3-1916, B. 76 ; Crim., 15-7-1909, B. 378 ; Crim., 20-6-1872, B. 146.

Ce n'est pas seulement à la clôture de l'instruction que le magistrat ne dispose pas de pouvoirs juridictionnels, mais aussi en cours d'instruction. Ainsi, il ne pourrait statuer sur les demandes relatives à une mise en liberté provisoire. La loi indique que la chambre d'accusation est compétente pour connaître des demandes tant que la cour d'assises n'est pas réunie (art. 116 C.I.C. devenu art. 142 al. 2 C.P.P.) : « Avant le renvoi en cour d'assises et dans l'intervalle des sessions d'assises, ce pouvoir appartient à la chambre d'accusation. » Le président de la cour d'assises serait également incompétent pour décerner un mandat de mise en détention (juridictionnel). En effet, si l'accusé a été placé en état de liberté provisoire, il n'appartient pas au seul président de la cour d'assises de modifier sa situation (65). Par ailleurs, ce magistrat n'a pas la possibilité d'étendre les poursuites à des personnes non visées au dossier, à la différence de la chambre d'accusation (art. 204 C.P.P.).

428. — Dans la conduite des opérations d'instruction, le président de la cour d'assises est pleinement souverain. Il est seulement tenu pour l'exécution des actes d'observer les formes prescrites par la loi au titre « Des juges d'instruction ». Les parties disposeront même de la faculté de solliciter tel ou tel acte. Pour ce faire, l'article 284 al. 3 C.P.P. permet au procureur général de requérir à tout moment communication de la procédure, à charge de rendre le dossier dans les 24 heures (application de l'article 82 al. 2 C.P.P.).

Dans l'hypothèse du refus du magistrat, il ne serait pas possible d'obtenir l'infirmité de la décision. D'une part, le président de la cour d'assises ne possède pas d'attributions juridictionnelles. Ainsi il ne pourrait pas répondre à une demande d'expertise formulée par l'accusé. Sans doute, faut-il voir dans cette explication l'exclusion de l'article 167 C.P.P. pour l'exécution du supplément d'information (66). « Investi du pouvoir d'instruire, la loi s'en remet à lui pour la manifestation de la vérité » (67). D'autre part — et surtout — aucune juridiction ne pourrait connaître de l'appel exercé à l'encontre du refus du président de la cour d'assises. La loi n'en a prévu aucune en raison de la position particulière qu'occupe ce magistrat dans la hiérarchie judiciaire.

429. — En raison de la qualité de leur auteur, les actes effectués par le président de la cour d'assises ne sont soumis à aucun contrôle. Ni le contrôle permanent, en cours d'instance, par la juridiction d'ins-

(65) Si l'inculpé n'a pas encore comparu, il a été décerné un mandat d'arrêt contre lui, qui permettra sa détention. S'il a été laissé en liberté provisoire, l'arrêt de mise en accusation décerne ordonnance de prise de corps (art. 215 C.P.P.).

(66) Cette modification est due à l'ordonnance du 4-6-1960. En raison de la rapidité de la procédure, il n'est pas possible d'autoriser des expertises complémentaires.

(67) Crim. 27-11-1909, B. 558.

truction du deuxième degré, ni la règle du double degré d'instruction obligatoire en matière criminelle ne trouvent ici application.

La chambre d'accusation, en effet, ne peut exercer aucun contrôle sur les actes du président de la cour d'assises. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 19 juin 1868 (68). En d'autres termes, la Cour de cassation estime que les griefs ne peuvent lui être présentés qu'à la condition d'avoir été soumis aux juges du fond (69). L'utilisation des pouvoirs exceptionnels des articles 286 et 287 C.P.P. (disjonction des poursuites ou renvoi à une autre session) ne sauraient, non plus, donner lieu à une voie de recours, car il est admis que ces mesures ne peuvent porter préjudice à l'accusé (70).

430. — Les pouvoirs du président de la cour d'assises portent aussi atteinte à la règle de l'examen obligatoire à deux degrés des actes d'instruction. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser cette dérogation par un arrêt du 4 juillet 1906 (71). Le pourvoi sollicitait l'annulation du supplément d'information effectué après l'arrêt de renvoi, parce que les actes n'avaient pas été soumis à la chambre d'accusation et parce qu'un nouvel acte d'accusation aurait dû être dressé. La Cour de cassation ne s'est pas laissée abuser par cette prétention présentant les caractères d'une mesure dilatoire. L'instruction supplémentaire n'est qu'un moyen permettant d'obtenir des éléments qui ne pouvaient pas être recueillis auparavant. S'il fallait à nouveau soumettre la procédure à l'examen de la juridiction d'instruction du deuxième degré il en résulterait un ralentissement considérable des procédures. Aussi, comme il n'était pas allégué que les documents n'avaient pas été soumis aux débats, la Cour de cassation a rejeté la demande qui lui était présentée.

Malgré cette absence de contrôle préalable à la saisine de la juridiction de jugement, il nous apparaît que le président de la cour d'assises accomplit véritablement des actes d'instruction. Outre le respect des formes établies pour les actes du juge d'instruction, il faut tenir compte de la qualité de l'auteur de l'acte. Le président de la cour d'assises est au moins un conseiller de cour d'appel, choisi pour ses connaissances particulières de la procédure pénale. Enfin, si l'urgence des constatations et la nécessité de rapidité éliminent tout contrôle préalable des actes, il importe de rappeler que les parties peuvent toujours critiquer ces actes devant la juridiction de jugement. Elles pourraient même solliciter de celle-ci un supplément d'information. Ce supplément d'information obéira à des règles particulières dans la mesure où il émane d'une juridiction collégiale.

(68) Crim., 19-6-1868, B. 148.

(69) Voir notamment Crim., 9-8-1948, B. 231 et Crim., 20-6-1872, B. 146.

(70) Pour une jonction des procédures : Crim., 18-8-1903, B. 302. Voir aussi *supra* n° 49, la jurisprudence rendue en cette matière.

(71) Crim., 4-7-1906, B. 274.

SECTION II

LE SUPPLEMENT D'INFORMATION
ORDONNE PAR UNE JURIDICTION COLLEGIALE

431. — Lorsque le juge d'instruction a statué sur l'affaire qui lui était soumise, il se trouve dessaisi du dossier et il ne peut plus accomplir d'acte d'instruction. Pour autant, ce dessaisissement ne signifie pas qu'aucun acte d'instruction ne puisse être effectué ni joint au dossier. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner la situation du président de la cour d'assises qui dispose de pouvoirs particuliers, lui permettant non seulement de compléter l'instruction mais aussi de refaire des actes insuffisants. Ces actes, nous avons pu les qualifier d'actes d'instruction étant donné que leur accomplissement se déroulait selon les méthodes mêmes utilisées par un juge d'instruction.

Cependant, avant que le président de la cour d'assises ne se trouve saisi d'un dossier, un examen aura été déjà effectué obligatoirement par la juridiction d'instruction du deuxième degré. Si la procédure ne paraît pas complète, si toute la lumière n'a pas été faite sur des éléments jugés nécessaires à la bonne compréhension de l'affaire, il lui est possible de prescrire un supplément d'information. L'article 201 C.P.P. dispose en effet : « La chambre d'accusation peut, dans tous les cas, à la demande du procureur général, d'une des parties ou même d'office, ordonner tout acte d'information complémentaire qu'elle juge utile. » Elle peut également modifier les décisions du juge d'instruction, en ordonnant une disjonction des procédures suivies contre une même personne (art. 202 C.P.P.) ou en comprenant dans les poursuites des personnes qui n'avaient pas été inculpées par le juge d'instruction (art. 204 C.P.P.) (72).

Pour effectuer ces divers actes, l'article 205 C.P.P. réglemente la manière dont il sera procédé aux suppléments d'information : « Ils seront effectués conformément aux dispositions relatives à l'instruction préalable, soit par un des membres de la chambre d'accusation, soit par un juge d'instruction qu'elle délègue à cette fin. » Les actes qui seront, alors, accomplis par ce magistrat devront-ils être qualifiés d'actes d'instruction ? Telle sera la première question que nous examinerons dans le premier paragraphe.

Mais une fois le stade de l'instruction achevé, soit que l'ordonnance du juge d'instruction renvoyant devant une juridiction de juge-

(72) Voir, à cet égard, les remarques de M. GUYENOT, *Rev. Sc. crim.*, 1964, p. 559.

ment ait acquis l'autorité de la chose jugée parce qu'elle n'a pas été attaquée par le ministère public (73), soit que la chambre d'accusation ait procédé à l'examen de l'affaire, il peut arriver qu'un supplément d'information s'avère nécessaire (73 *bis*).

432. — L'hypothèse se présentera rarement pour la cour d'assises puisque le président de cette juridiction, « qui a la police de l'audience et la direction des débats » (art. 309 C.P.P.) a pu, préalablement à l'ouverture de la session, compléter le dossier de l'instruction (74). Par ailleurs, au cours des débats, ce magistrat dispose d'un moyen d'information par l'intermédiaire de son pouvoir discrétionnaire. L'article 310 C.P.P., reprenant l'article 268 C.I.C., lui permet de prendre « toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité ». L'alinéa 2 de ce même article met à sa disposition des procédés pour obtenir ce résultat : contrainte des personnes à venir déposer en vertu d'un mandat d'amener et apport de toutes les nouvelles pièces que le déroulement des débats publics lui présente comme utiles à la manifestation de la vérité.

Ainsi, la cour d'assises, juridiction collégiale, aura rarement besoin d'ordonner un supplément d'information. Au surplus, le caractère non permanent de cette juridiction aboutit, en fait, à renvoyer l'affaire à une session ultérieure, le président de la cour d'assises devant compléter le dossier. Le seul acte d'instruction qu'elle puisse exécuter véritablement consistera en une visite des lieux.

433. — Le supplément d'information aura peu d'occasions d'être réalisé en matière de contraventions. Si l'affaire apparaît complexe, notamment pour une contravention de la 5^e classe, le ministère public peut ordonner l'ouverture d'une instruction (art. 44 et 79 C.P.P.). Si l'affaire est venue à l'audience sans information, l'acte le plus souvent prescrit est une expertise. Par une décision avant-dire droit, le juge chargera un expert d'effectuer toutes constatations, notamment dans les hypothèses de coups et blessures involontaires n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail personnelle supérieure à trois mois (art. R. 40 4^o). De même, cet acte servira à déterminer le montant de la réparation à accorder à la victime.

De toute façon, les problèmes soulevés par le supplément d'information éventuel ordonné par le tribunal de police sont peu difficiles. Il convient, en effet, de rappeler que le juge d'instance est un juge unique et il importera peu de distinguer ses attributions

(73) La Cour de cassation n'admet pas, en effet, que l'inculpé puisse faire appel d'une ordonnance le renvoyant devant une juridiction de jugement, car les griefs pourront toujours être présentés devant la juridiction elle-même. Ainsi *Crim.*, 25-7-1960, B. 391 ; *Crim.*, 12-10-1961, B. 400 ; D. 1962.367.

(73 *bis*) Voir CHAMBON, « Les droits de la défense et le supplément d'information », G.P. 1954.I., Doc. 1.

(74) Voir, cependant, à cet égard : *Crim.*, 28-3-1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 137, p. 277, à propos du pouvoir qu'a une cour d'assises d'ordonner un supplément d'information.

d'instruction de celles de juridiction de jugement (75). Toutefois, préalablement à la saisine du tribunal de police, le juge d'instance qui le préside peut être sollicité d'accomplir certains actes. L'article 534 C.P.P. (ancien art. 148 C.I.C.) lui permet, à la requête du ministère public ou de la partie civile, « d'estimer ou de faire estimer les dommages, de dresser ou de faire dresser des procès-verbaux, de faire ou d'ordonner tous actes requérant célérité ». Bien que ces actes soient effectués à la demande d'une des parties précitées, le juge conserve la faculté d'apprécier la nécessité de ces mesures (art. C. 176). Ces attributions sont accordées en raison de l'urgence, pour assurer la conservation des indices et des éléments de l'infraction.

Dans ces diverses hypothèses, le juge d'instance est soumis aux règles relatives à l'instruction du juge d'instruction. Ainsi l'estimation des dommages est effectuée par l'intermédiaire d'une expertise (art. 156 et ss. C.P.P.). De même le magistrat peut déléguer ses attributions, puisque l'article 534 lui permet de « faire faire » les procès-verbaux. La présence du greffier sera nécessaire pour la régularité des actes exécutés par le juge ; et s'il s'agit d'une visite domiciliaire, la présence des personnes chez lesquelles la visite s'effectue est obligatoire comme pour une perquisition ordonnée par un juge d'instruction (art. 96 et 97 C.P.P.) (76).

Ces actes d'instruction seront rarement accomplis par le juge d'instance puisqu'une instruction peut être ouverte à titre principal pour déterminer les différentes responsabilités en cause. C'est à titre conservatoire que le juge d'instance intervient pour permettre la vente d'un objet périssable saisi (gibiers ou poissons irrégulièrement obtenus). Comme la confiscation de ces choses serait prononcée, mieux vaut procéder à leur vente avant qu'elles n'aient plus de valeur.

434. — Si rarement un tribunal de police ordonne une instruction complémentaire, il en est différemment pour les tribunaux correctionnels. Malgré l'absence de texte au C.I.C., une pratique s'est constituée que le C.P.P. a réglementée en son article 463. La loi du 28 octobre 1955, en étendant l'application de la loi de 1897 aux suppléments d'information ordonnés par toute juridiction, avait de ce fait même reconnu la légalité d'une telle information supplémentaire.

Il peut sembler surprenant qu'une procédure de cette nature existe et l'on serait tenté d'accuser les juges d'instruction de ne pas accomplir correctement leur mission. En réalité, le tribunal correctionnel n'est pas toujours saisi par une ordonnance de renvoi. La partie civile peut citer directement le prévenu. Il en est de même pour le ministère public qui, préalablement, aura obtenu les documents

(75) Les pouvoirs d'une juridiction de jugement comprennent des attributions relatives à l'instruction définitive. L'article 538 C.P.P. prévoit l'application au juge d'instance des règles relatives aux interrogatoires (118 à 121).

(76) Voir le commentaire de ces dispositions au Jurisclasseur de procédure pénale.

d'une enquête préliminaire. C'est à la suite du développement des enquêtes officielles que le supplément d'information a été de plus en plus nécessaire. Mais, jusqu'à l'intervention de la loi du 28 octobre 1955, il importe de noter que peu de différences existaient entre les actes accomplis par le ministère public au titre de l'enquête officielle et ceux exécutés par un magistrat chargé d'un supplément d'information. Dans les deux hypothèses, le formalisme de la loi de 1897 était exclu. L'examen des suppléments d'information effectués à la demande d'un tribunal correctionnel, ou d'une chambre des appels correctionnels fera l'objet du deuxième paragraphe.

§ 1. — Le supplément d'information ordonné par la juridiction collégiale d'instruction.

435. — La chambre d'accusation, juridiction d'instruction du deuxième degré intervient obligatoirement pour toutes les procédures criminelles. En matière de délit, elle est saisie par l'appel exercé soit par le ministère public, soit par la partie civile (à l'encontre d'une ordonnance de non-lieu).

Peut-être la loi du 17 juillet 1856 n'est-elle pas totalement étrangère à la fréquence des suppléments d'information. Conférant au juge d'instruction les attributions juridictionnelles de la chambre du conseil, cette loi a permis au magistrat de prendre la pleine responsabilité de ses actes (77). Mais l'examen par un seul juge de toute la procédure peut amener une critique insuffisante des déficiences de l'information. Dès lors, la chambre d'accusation doit pouvoir redresser les procédures pour que la juridiction de jugement dispose d'un dossier complet.

Déjà, le législateur de 1808 avait prévu cette éventualité. L'article 228 C.I.C. permet aux juges d'ordonner « s'il y échet, des informations nouvelles ». Les modalités d'exécution de ces procédures étaient fort succinctes. Le Code de procédure pénale s'est montré un peu plus explicite, sans pour autant résoudre tous les problèmes. Dès le 22 décembre 1959, la Cour de cassation était saisie d'un de ceux-ci et la solution adoptée devait être incorporée au Code de procédure pénale. Pour connaître la nature des actes effectués dans cette hypothèse, il nous faut préalablement examiner les pouvoirs du magistrat.

A. — LES POUVOIRS.

436. — La chambre d'accusation dispose de larges pouvoirs. Outre l'examen de la régularité de la procédure, elle peut réviser le dossier

(77) On estimait que les décisions émanaient en fait du juge d'instruction bien qu'elles soient l'œuvre, en droit, de la chambre du conseil. La réforme de 1856 a supprimé l'anonymat du juge d'instruction et l'a établi responsable de ses décisions.

en comprenant dans les poursuites des personnes que le juge d'instruction n'avait pas inculpées (78).

Quel que soit son mode de saisine (appel ou examen obligatoire en cas de crime), la chambre d'accusation peut prescrire un supplément d'information. L'article 201 al. 1 C.P.P. est ainsi rédigé « La chambre d'accusation peut, dans tous les cas... ordonner tout acte d'information complémentaire qu'elle juge utile ». Ce texte est beaucoup plus précis que ceux du C.I.C., renfermés en deux dispositions. D'une part, l'article 228 permettait les suppléments d'information mais, en raison de la place de cette disposition, il était possible d'estimer qu'elle était applicable aux seules infractions connexes. D'autre part, l'article 235 C.I.C. permettait aux cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, « d'ordonner des poursuites, de se faire apporter les pièces, informer ou faire informer ». Dans l'esprit du législateur napoléonien, ce texte devait permettre aux cours d'appel de suppléer la carence du ministère public pour mettre en marche l'action publique (79). En fait, l'article 235 a permis de procéder à des informations complémentaires.

La rédaction de l'article 201 C.P.P. est beaucoup plus précise, permettant le supplément d'information en toute hypothèse. Toutefois, depuis la modification de l'article 207 par l'ordonnance du 4 juin 1960, la chambre d'accusation ne pourrait pas prescrire une telle mesure lorsqu'elle est saisie de l'appel d'un acte relatif à la détention préventive. L'alinéa 2 de l'article 207 dispose qu'en toute autre matière, la chambre d'accusation peut évoquer et procéder selon les conditions prévues aux articles 201, 202 et 204 (80).

En toute autre matière, la chambre d'accusation a la faculté d'évoquer l'affaire et de continuer l'information conformément à l'article 205. Cette décision pourrait aussi être prise à la demande du ministère public ou de l'une des parties (art. 201 al. 1). Telle était déjà la solution adoptée par la jurisprudence précédemment, dans le silence de l'article 235 C.I.C. (81).

437. — Si les parties ont la possibilité de présenter une demande, la chambre d'accusation est libre d'apprécier l'opportunité des actes

(78) Les juridictions d'instruction sont saisies *in rem* seulement, à la différence des juridictions de jugement qui sont saisies *in rem* et *in personam*. Voir les remarques de M. GUYENOT, *Rev. Sc. crim.*, 1964, p. 559.

(79) La crainte de la faiblesse des corps judiciaires avait été à l'origine directe de l'article 10 C.I.C. accordant des pouvoirs aux préfets (art. 30 C.P.P.). Une telle disposition est nécessaire depuis que le ministère public n'est plus tenu de poursuivre toutes les infractions (le principe de l'opportunité des poursuites a remplacé le principe de la légalité connu sous la période révolutionnaire).

(80) Cette modification de l'article 207 provient de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22-12-1959 (D. 1960, p. 1, avec les conclusions du procureur général Besson).

(81) Cf. BOUZAT, *Encyclopédie Dalloz*, V° chambre des mises en accusation, n° 43. De même, GUYENOT, précité. Voir *Crim.*, 20-6-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 214, p. 447.

sollicités, sans qu'aucune voie de recours ne soit permise aux parties. En d'autres termes, la juridiction d'instruction du deuxième degré est souveraine pour apprécier le bien-fondé des requêtes présentées devant elle.

Dès le 13 février 1818 (82), la Cour de cassation estimait que les chambres d'accusation sont investies d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner les actes d'instruction qu'elles croient utiles. L'exercice de ce droit est laissé à leur conscience et aucun recours en cassation ne peut être formé pour omission ou refus de se prononcer sur une demande. Dès lors, si une chambre d'accusation n'ordonne pas de supplément d'information, il existe une présomption légale qu'elle possédait les éléments suffisants pour statuer (83).

Peu de décisions ont été rendues sur ce problème au cours du XIX^e siècle (84) ; en revanche, très près de nous, de nombreux arrêts de la Cour de cassation sont intervenus. Ainsi, un arrêt du 12 juin 1954 (85) manifeste la même attitude, à savoir qu'une chambre d'accusation répond suffisamment à une demande — d'ailleurs imprécise — d'information supplémentaire, en déclarant que l'instruction est complète et justifie la mise en accusation. L'opportunité des mesures d'instruction est appréciée souverainement par cette juridiction (86).

438. — Si aucune instruction complémentaire n'est prescrite, il en résulte une sorte de présomption légale de régularité. Tel était le cas de l'arrêt du 26 janvier 1954 (87). Une partie civile avait déposé une demande de supplément d'information, à laquelle la chambre d'accusation n'avait pas répondu. La chambre criminelle n'hésite cependant pas à considérer que l'absence de réponse aux conclusions du mémoire déposé, comme l'insuffisance des motifs de la décision ne pouvaient faire grief à la partie civile.

Mais, pour qu'un tel effet soit reconnu, encore faut-il que la procédure ait été menée réellement, comme cela se trouvait le 23 octobre 1958 (88), où la chambre d'accusation avait répondu point par point aux conclusions de la partie civile. En revanche, la cassation serait encourue s'il était manifeste que la chambre d'accusation n'avait pu se décider en pleine connaissance de cause. Il en a été ainsi le 25 mars 1947 (89), dans une affaire où une partie civile avait déposé une plainte entre les mains d'un juge d'instruction. Ce dernier n'avait prescrit aucune mesure d'instruction et avait rendu une ordonnance

(82) Crim., 13- 2-1818, B. 21.

(83) Crim., 13-10-1853, B.508 ; D.P. 1853.5.204.

(84) Crim., 4-11-1958, B. 261.

(85) Crim., 12- 6-1954, B. 210.

(86) Ainsi Crim., 16-7-1958, B. 542.

(87) Crim., 26- 1-1954, B. 31 ; décision très proche de 13-10-1853, B. 508.

(88) Crim., 23-10-1958, B. 647.

(89) Crim., 25-3-1947, B. 95. Voir aussi Crim., 18-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 303, p. 639.

de non-lieu. Sur l'appel de la partie civile, la chambre d'accusation se borna à confirmer la décision rendue. Dans ces conditions, la Cour de cassation censura l'arrêt de la chambre d'accusation qui n'avait pu être rendu en pleine connaissance de l'instruction.

439. — Les premiers arrêts rendus pour l'application des textes du Code de procédure pénale témoignent de la survivance de ces solutions.

Le 5 avril 1960 (90) est affirmée la souveraineté de la chambre d'accusation lorsque cette juridiction constate que la procédure est complète. De même, la souveraineté de cette juridiction est admise pour apprécier l'opportunité du supplément d'information. Ainsi le 22 mars 1960 (91), la Cour de cassation déclare irrecevable le pourvoi adressé à l'encontre de l'arrêt d'une chambre d'accusation ordonnant un supplément d'information comportant l'exécution de tous actes utiles à la manifestation de la vérité. Cet arrêt avant-dire droit n'entre, en effet, dans aucune catégorie particulière où le pourvoi soit recevable (92).

La situation actuelle est identique à celle admise sous l'empire du C.I.C., en sorte que les propos de Faustin Hélie pourraient être ceux d'un auteur commentant le Code de procédure pénale : « Dès que la chambre est légalement saisie, il lui appartient souverainement de décider s'il y a lieu de procéder immédiatement au jugement de la prévention et au règlement de la compétence ou s'il y a lieu, avant de statuer au fond, d'ordonner un supplément d'information. Elle n'est liée à cet égard ni par les conclusions des parties, ni par les réquisitions du ministère public... elle procède en vertu du droit qu'a tout juge d'exiger les éléments qui lui sont nécessaires pour statuer » (93).

440. — Mais si une chambre d'accusation peut prescrire un supplément d'information, elle ne peut elle-même en effectuer les actes. Pour Faustin Hélie, cette impossibilité provenait de ce qu'aucun texte du Code ne lui attribuait un tel pouvoir, même dans l'hypothèse de l'évocation (94). L'article 236 C.I.C. mentionnait que le magistrat délégué à cet effet accomplira divers actes, comme l'interrogatoire du prévenu, l'audition des témoins. La raison en est que — comme dans notre ancienne procédure — l'enquête ne peut être effectuée que par un seul juge, et la juridiction tout entière statuera sur les résultats obtenus. Le Code de procédure pénale n'a pas changé cette manière de faire. L'article 205 C.P.P., dans son alinéa 1^{er} dispose : « Il est

(90) Crim., 5- 4-1960, B. 210.

(91) Crim., 22- 3-1960, B. 157.

(92) Le recours en cassation à l'encontre des décisions avant-dire droit a toujours été une matière délicate. L'article 416 C.I.C. était insuffisant et la réforme apportée par le décret-loi de 1935 était peu juridique. Le Code de procédure pénale paraît avoir trouvé une solution plus conforme. Voir la note M.R.M.P. ; D. 1959, p. 449, et la réforme apportée par l'ordonnance du 4-6-1960 (art. 570 et 571 C.P.P.).

(93) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome V, n° 2144.

(94) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome V, n° 2140.

procédé aux suppléments d'information conformément aux dispositions relatives à l'instruction préalable, soit par un des membres de la chambre d'accusation, soit par un juge d'instruction qu'elle délègue à cette fin. » En réalité, cette disposition ne va pas à l'encontre des autres textes établissant une contradiction plus certaine devant la chambre d'accusation (95).

En effet, il est difficile à une juridiction collégiale de procéder directement à tous les actes d'instruction. Outre les difficultés matérielles d'organisation, il en résulterait une lenteur de l'administration de la justice. Cependant, la pratique judiciaire semble avoir apporté un démenti formel à l'impossibilité pour la chambre d'accusation de décerner un acte d'instruction. Le 20 novembre 1959, la première chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris était saisie de l'appel du ministère public à l'encontre d'une ordonnance du juge d'instruction qui refusait de décerner un mandat de dépôt. Cette juridiction, au vu des documents du dossier, estima que le ministère public avait raison et qu'il convenait de mettre l'inculpé sous mandat de dépôt. Estimant qu'il s'agissait d'un acte d'instruction, la chambre d'accusation suivit la procédure des suppléments d'information, aussi confia-t-elle le soin de décerner le mandat au juge d'instruction même qui avait refusé de le délivrer.

Un pourvoi en cassation fut formé contre cette décision. Ce pourvoi fut déclaré recevable bien qu'il soit formé contre un arrêt préparatoire car il concernait une matière où l'ordre public ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice exigent l'examen immédiat.

Le principal grief adressé à la chambre d'accusation consistait d'avoir, en quelque sorte, contraint le juge d'instruction à décerner un mandat de dépôt. L'indépendance du juge d'instruction se trouvait menacée. Or, cette initiative était contraire à l'esprit du Code de procédure pénale qui avait tenté de réaliser une authentique indépendance du juge. Le procureur général Besson souligna, dans ses conclusions, cet aspect et il s'efforça de rechercher de quels pouvoirs disposait la chambre d'accusation. S'appuyant sur les textes permettant de prononcer une mise en liberté refusée par le juge d'instruction, et raisonnant par analogie, le procureur général Besson reconnut à la chambre d'accusation le pouvoir de décerner elle-même le mandat de mise en détention. La chambre criminelle suivit ce raisonnement et décida, le 22 décembre 1959 (96), que la chambre d'accusation avait commis un excès de pouvoir en chargeant un juge d'effectuer un acte qui relevait de sa seule compétence. Cette solution devait être placée à l'article 207 C.P.P. par l'ordonnance du 4 juin 1960.

(95) Voir G. LEVASSEUR, « Vers une procédure d'instruction contradictoire », *Rev. Sc. crim.*, 1959, p. 297 et ss. Les parties doivent être prévenues de la date de l'audience (art. 197). Elles peuvent déposer des mémoires. Les conseils peuvent être entendus et les parties convoquées personnellement (art. 199 al. 2 et 3). Voir. *Crim.*, 11-4-1964 ; *J.C.P.* 1964.IV.69 ; *Crim.*, 5-1-1965 ; *J.C.P.* 1965.IV.17.

(96) *Crim.*, 22-12-1959 ; *D.* 1960, p. 1.

A notre avis, cette solution s'imposait, car ordonner une mise en détention constitue un acte juridictionnel. En d'autres termes, la privation de la liberté d'une personne présumée innocente doit provenir non seulement d'une décision de justice mais aussi d'une décision juridictionnelle (97). Cet arrêt est particulièrement intéressant parce que l'article 237 C.I.C., qui définissait les attributions du juge délégué, l'autorisait à décerner « suivant les circonstances, les mandats d'amener, de dépôt ou d'arrêt ». Mais, si l'arrêt du 22 décembre 1959 interdit la délégation des pouvoirs de juridiction, il n'empêche nullement celle des attributions d'instruction.

441. — Déjà, l'article 235 C.I.C. permettait aux cours d'appel d'informer ou faire informer. De plus, l'article 236 disposait que : « Dans le cas du précédent article, un des membres de la chambre d'accusation fera les fonctions de juge instructeur. » La jurisprudence a considéré que cette disposition ne devait pas être interprétée étroitement, notamment que l'article 235 C.I.C. posait le principe d'une délégation sans conditions.

Ainsi, la Cour de cassation, par un arrêt du 10 septembre 1831 (98), admettait-elle la délégation de la manière la plus large : la chambre d'accusation peut, ou commettre un de ses membres pour faire cette information, ou désigner un juge de première instance ou même charger le tribunal lui-même de faire cette désignation. En fait, la chambre d'accusation délègue ses pouvoirs à un de ses membres (99) ou à un juge d'instruction (100). Telle est, d'ailleurs, la solution adoptée par l'article 205 al. 1.

442. — Une difficulté peut surgir pour l'application de ce texte lorsque la chambre d'accusation est saisie après cassation. Est-il possible de procéder à un supplément d'information par l'intermédiaire d'un juge compétent dans le ressort de la première juridiction saisie ? La Cour de cassation a estimé que l'article 431 C.I.C. interdisant une telle procédure n'était pas prescrit à peine de nullité. Dans ces conditions, bien qu'irrégulière, la désignation d'un magistrat hors du ressort de la chambre d'accusation était possible (101).

(97) La mise en détention préventive peut faciliter l'exécution de l'instruction, mais elle ne constitue pas un acte d'instruction. Elle ne permet pas de mieux connaître les circonstances de l'affaire. La Cour de cassation a même jugé le 26 septembre 1940 (B. 42) que la détention préventive déclarée non imputable prenait le caractère d'une peine. Il serait peut-être souhaitable qu'une réforme intervienne pour supprimer la détention préventive et la remplacer par une mesure d'assignation à résidence ; les libertés de l'individu seraient ainsi mieux respectées et l'instruction n'en souffrirait pas. D'une peine avant jugement, la détention préventive deviendrait seulement une mesure de sûreté.

(98) Crim., 10-9-1831, B. 215.

(99) Ainsi Crim., 8-4-1911, B. 205 ; Crim., 9-3-1916, B. 58 ; Crim., 9-12-1926, B. 299 ; Crim., 20-11-1952, B. 268 (Crim., 8-4-1869, B. 84).

(100) Crim., 12-12-1913, B. 549 ; Crim., 9-3-1916, B. 58 ; Crim., 1-5-1924, B. 182 ; Crim., 28-6-1935, B. 87 ; Crim., 15-11-1951, B. 291 ; Crim., 26-7-1955, B. 366.

(101) Crim., 2-12-1911, B. 562 ; D.P. 1912.I.343.

Mais cette solution ne serait plus admise actuellement. En effet, par un arrêt du 26 octobre 1960 (102), la chambre criminelle a reconnu que le renvoi de la procédure au même juge d'instruction (art. 206 al. 3) n'était possible que si ce juge dépendait du même ressort judiciaire que la chambre d'accusation. Ainsi, dans l'hypothèse d'un supplément d'information ordonné par une chambre d'accusation sur renvoi, le magistrat délégué doit appartenir au ressort judiciaire de la juridiction délégante.

443. — En dehors de cette obligation, la délégation de la juridiction d'instruction du deuxième degré n'est soumise à aucune autre condition. Ainsi une chambre d'accusation n'est pas tenue d'indiquer nommément le juge d'instruction qui doit accomplir la mission. Et la Cour de cassation a considéré, le 28 juin 1935 (103) qu'en omettant de préciser le juge d'instruction, la Chambre d'accusation s'était référée implicitement aux dispositions de l'article 61 C.I.C., conférant au ministère public le droit d'effectuer cette désignation lorsqu'il y a plusieurs juges d'instruction. Actuellement, ce soin appartiendrait au président du tribunal (art. 83 C.P.P.).

De même, aucune nullité ne pourrait résulter du fait que l'information ait été menée par un magistrat autre que celui spécialement désigné. Telle était l'hypothèse de l'arrêt du 15 novembre 1951 (104) où la chambre d'accusation de Paris avait confié l'instruction complémentaire au doyen des juges d'instruction de la Seine. Ce dernier avait chargé un de ses collègues d'y procéder. Mais le dossier ne contenait pas la subdélégation. L'inculpé prétendit devant la Cour de cassation qu'il n'était pas possible de déléguer un magistrat du premier degré, puisque, en raison de l'appel, cet ordre se trouvait dessaisi, et que la preuve de la subdélégation ne figurait pas au dossier. Mais la chambre criminelle rejeta sa demande au motif que l'article 236 C.I.C. était purement énonciatif et que l'inculpé ne pouvait avoir « un droit acquis à ce que le magistrat ait été personnellement celui que l'arrêt de la chambre d'accusation avait cru devoir déléguer ».

444. — Si la délégation était confiée à un membre de la chambre d'accusation, la Cour de cassation a exigé pendant longtemps que ce magistrat, après avoir procédé au supplément d'information, fasse partie de la juridiction pour rendre la décision au fond (105). Une telle exigence n'est pas sans évoquer une liaison très étroite entre les pouvoirs de juridiction et les pouvoirs d'instruction. La juridiction doit être composée de la même manière pour pouvoir statuer définitivement. Un décret du 25 juin 1934 simplifia ce mode de procéder :

(102) *Crim.*, 26-10-1960 ; G.P. 1961.I.48. Voir aussi *Crim.*, 11-4-1964 ; J.C.P. 1964.IV.69.

(103) *Crim.*, 28-6-1935, B. 87.

(104) *Crim.*, 15-11-1951, B. 296 ; G.P. 1951.II.396 ; J.C.P. 1951.II.6593 ; D. 1951.

755 (arrêt conforme à la jurisprudence relative aux commissions rogatoires).

(105) Ainsi *Crim.*, 8-4-1869, B. 84 (D.P. 1869.I.532) ; *Crim.*, 9-12-1926, B. 299.

en supprimant la formalité du rapport du conseiller, il en résulte que la participation des mêmes magistrats à la procédure n'est pas prévue à peine de nullité (106). L'article 199 al. 2 C.P.P. prévoit qu'un rapport sera présenté par un conseiller : la présence de ce rapporteur ne sera jamais exigée à peine de nullité. Si un supplément d'information a eu lieu, il suffira qu'un nouveau rapport soit effectué pour que la procédure soit régulière.

Ayant ainsi déterminé la personne chargée de procéder à l'information complémentaire, il nous faut connaître l'étendue exacte des attributions du magistrat chargé du supplément.

445. — Très souvent, les instructions menées devant le juge d'instruction n'ont besoin que d'un complément minime, portant sur la vérification de tel ou tel fait. Dans ces conditions, la chambre d'accusation précise l'acte qui devra être effectué par le magistrat (107). Si c'est une expertise qu'il convient d'ordonner, la juridiction rendra elle-même la décision prescrivant cet acte complémentaire à telle personne compétente (108).

Mais il arrive aussi que le supplément d'information soit confié à un magistrat sans que sa mission se trouve nettement exprimée. Jusqu'où s'étendaient les attributions de ce magistrat ? Fallait-il admettre que l'article 237 C.I.C. était limitatif, ou au contraire énonciatif ? La Cour de cassation eut à connaître du problème suivant. Au cours d'un supplément d'information, l'inculpé adressa au magistrat une demande de mise en liberté provisoire. Le magistrat se contenta de répondre qu'il était incompétent pour statuer sur cette demande et transmit la requête à la chambre d'accusation. La Cour de cassation approuva cette manière de faire, en considérant que le magistrat délégué « n'a de compétence que pour faire des actes d'instruction » et qu'il ne saurait être question d'obtenir de lui un acte de juridiction (109). Ainsi, tout ce qui révèle une activité juridictionnelle ne peut lui être attribué.

Cette décision de la chambre criminelle a été assez vivement critiquée. Après avoir montré les deux solutions possibles (interprétation littérale de l'article 237 ou assimilation au juge d'instruction) (110), Roux constate que la Cour n'en a suivi aucune en proposant la distinction des actes d'instruction et celle des actes de juridiction. Or,

(106) C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 20-11-1952 (B. 268). La nullité ne serait pas même encourue si un rapport avait été fait (Crim., 30-3-1939, B. 71).

(107) Ainsi Crim., 14-12-1905, B. 553.

(108) Ces décisions sont des actes préparatoires. Peut-être cela manifeste-t-il le caractère mixte des décisions du juge relativement à l'expertise (Crim., 10-6-1958, B. 446).

(109) Crim., 27-7-1907, B. 348 ; D.P. 1911.I.153, note Leloir ; S. 1909.I.169, note Roux.

(110) Un arrêt du 18-2-1835 (B. 54) avait estimé que le conseiller instructeur était tenu d'observer les mêmes règles que le juge d'instruction des tribunaux de première instance.

cette distinction est mauvaise, estime-t-il. L'article 237 C.I.C. permet au magistrat délégué de décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt. Ce mandat n'est-il pas un véritable acte de juridiction puisqu'il résulte de l'estimation que les charges sont suffisamment graves pour priver un individu de sa liberté ? Et surtout n'est-ce pas parce que le magistrat instructeur dispose de pouvoirs de juridiction qu'il est habilité à effectuer des actes d'instruction ?

Cette dernière critique de Roux ne nous paraît pas fondée, car sous l'empire du Code d'instruction criminelle primitif, le juge d'instruction effectuait seulement des actes d'instruction sans posséder la moindre attribution juridictionnelle. Par ailleurs, nous avons eu l'occasion de préciser qu'actuellement les mandats de mise en détention constituaient de véritables actes juridictionnels. Telle est, d'ailleurs, la solution qui a été reconnue par l'arrêt Pesquet du 22 décembre 1959. S'il s'était agi d'une simple mesure d'instruction, aucun texte de loi ne se serait opposé à la procédure prescrite par la chambre d'accusation de Paris.

Cette solution, incorporée à l'article 207 relatif aux décisions susceptibles d'intervenir dans l'hypothèse de l'appel d'une ordonnance concernant la détention, nous paraît devoir être admise en tout autre cas, même en cas d'évocation de la procédure par la chambre d'accusation. S'il est besoin de prendre rapidement une décision sur le statut de l'inculpé, le magistrat instructeur prescrira la garde à vue de cette personne, en vertu de l'article 154 C.P.P. La chambre d'accusation, aussitôt réunie, appréciera souverainement la nécessité d'une détention préventive.

446. — Seuls des actes d'instruction sont permis au magistrat délégué. Le juge chargé du supplément d'information, fût-il juge d'instruction, ne pourrait pas statuer sur la suite à donner à l'affaire : il excéderait ainsi les limites de sa compétence. C'est ce qui a été jugé dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 26 juillet 1955 (111). A la suite de l'évocation d'une procédure, une chambre d'accusation avait confié l'instruction complémentaire à un juge d'instruction, lequel avait rendu une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. La chambre criminelle reconnut que le pouvoir de statuer appartenait non au magistrat délégué mais à la chambre d'accusation.

De même, ce magistrat ne pourrait rendre d'ordonnance de soit-communiqué à caractère juridictionnel (112). C'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation, en refusant notamment la communication de cet acte, prévue par l'article 10 de la loi du 8 décembre 1897 (113). La

(111) *Crim.*, 26-7-1955, B. 366. Voir aussi *Crim.*, 29-1-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 49, p. 97.

(112) L'ordonnance de soit-communiqué possède un caractère juridictionnel lorsqu'elle est rendue préalablement aux réquisitions définitives du ministère public.

(113) *Ainsi*, *Crim.*, 23-5-1912, B. 282 ; *D.P.* 1913.I.339 ; *S.* 1917.I.30.

même solution a été admise le 12 mars 1958 (114), bien que la loi du 28 octobre 1955 ait étendu au supplément d'information les formalités de la loi de 1897. Aucun texte, en effet, ne fait obligation d'avertir le conseil de l'inculpé de la fin d'une procédure d'instruction complémentaire ordonnée par la chambre d'accusation. Si les parties disposaient de la faculté de présenter tous mémoires qu'elles estimaient convenables, le procureur général n'a pas l'obligation de les prévenir du jour où il reçoit les pièces de la procédure en vertu de l'article 238 C.I.C. (115).

A cet égard, la loi de 1897 ne prévoyait rien, même une fois modifiée par celle de 1955. Le Code de procédure pénale a introduit sur ce point une innovation. Comme il est impossible au magistrat délégué de rendre un acte juridictionnel comme une ordonnance de soit-communiqué qui équivaut à reconnaître suffisants les éléments obtenus (116), la loi a chargé le procureur général de prévenir les parties. En vertu de l'article 208 C.P.P., le procureur général doit aviser du dépôt des pièces chacune des parties et leurs conseils, au moyen d'une lettre recommandée (117).

Mais ces attributions d'instruction, de quelle manière le magistrat délégué va-t-il les remplir ?

B. — LA NATURE DES ACTES.

447. — Sous l'empire du seul Code d'instruction criminelle, la manière légale de procéder consistait à observer les règles prescrites pour le juge d'instruction. L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 devait, en cette matière, aboutir à l'établissement d'un régime dualiste des actes d'instruction. La Cour de cassation refusa, en effet, l'application de cette loi aux suppléments d'information et il a fallu une nouvelle loi pour étendre ces dispositions (loi du 28 octobre 1955) (118). Le Code de procédure pénale reprend cette dernière solution, dans l'article 205 : « Il est procédé aux suppléments d'information conformément aux dispositions relatives à l'instruction préalable. »

La solution est à nouveau celle admise au lendemain de la promulgation du Code d'instruction criminelle. En effet, les différents arti-

(114) *Crim.*, 12-3-1958, B. 244 ; *J.C.P.* 1958.II.10656, note Chambon. C'est pratiquement le seul arrêt rendu relativement à l'application de la loi du 28-10-1955.

(115) Jugé de cette manière : *Crim.*, 9-3-1916, B. 58 ; *Crim.*, 8-2-1934 ; D.H. 1934.150 ; *Crim.*, 1-5-1940, B. 28 ; *Crim.*, 19-7-1951, B. 224.

(116) Les auteurs qui avaient commenté la loi de 1955 en avaient ainsi convenu. Ainsi CHAMBON, *J.C.P.*, 1955.I.1264 (n^{os} 5 et 9) ; VOUIN (*Rev. Sc. crim.*, 1956, p. 132).

(117) Voir, à cet égard, *Crim.*, 3-3-1960 ; *Bull. Crim.*, 1960, n^o 137, p. 384 ; *Crim.*, 29-1-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n^o 50, p. 99.

(118) Commentaire de cette loi par CHAMBON, *J.C.P.* 1955.I.1264 et VOUIN, *Rev. Sc. crim.*, 1956, p. 132.

cles prévoyant le supplément d'information se contentaient d'énumérer certains actes sans en préciser les modalités.

La Cour de cassation a été amenée à décider, le 10 février 1835 (119), que le magistrat chargé de procéder à un supplément d'information était tenu de suivre les mêmes règles que les juges d'instruction. En l'espèce, il avait été reproché à un magistrat de n'avoir pas procédé à un interrogatoire ni d'avoir délivré de mandat d'arrêt (120). L'inculpé doit avoir été mis à même de répondre à l'inculpation et de proposer ses moyens de justification au moins une fois au cours de toute la procédure préparatoire (121).

En revanche, si l'interrogatoire avait déjà eu lieu, il ne serait pas nécessaire d'en effectuer un nouveau, même en présence des documents de l'information supplémentaire. La même solution serait admise si l'inculpé contre lequel avait été décerné un mandat d'arrêt était arrêté après l'ordonnance de transmission des pièces. La chambre d'accusation ne serait pas tenue d'ordonner un supplément d'information pour procéder à l'interrogatoire (122).

Le magistrat délégué par la chambre d'accusation dispose de la même liberté d'appréciation de l'opportunité des mesures d'instruction qu'un juge d'instruction. Si les parties veulent l'accomplissement de tel ou tel acte, elles présenteront leur requête, après un refus du magistrat, à la chambre d'accusation qui décidera souverainement (123).

448. — L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 devait briser l'assimilation au juge d'instruction. Désormais, l'acte d'instruction suivait un régime différent en fonction de la personne chargée de l'accomplir. Par un arrêt du 7 juillet 1899 (124), la Cour de cassation estimait que la loi de 1897 ne pouvait recevoir aucune application en cas de supplément d'information ordonné par la juridiction d'instruction du deuxième degré.

Cette attitude n'a jamais été démentie par la suite. Ainsi, en matière d'interrogatoires, il n'a jamais été obligatoire d'observer les diverses formalités de la première comparution (art. 114 C.P.P., ancien art. 3 L. de 1897) (125), ni même des autres interrogatoires (art. 118 C.P.P., ancien art. 9 et 10 L. de 1897) (126).

(119) Crim., 10-2-1835, B. 54.

(120) Un interrogatoire est nécessaire pour que l'instruction soit régulière. En cas de fuite de l'inculpé, il suffit qu'un mandat d'arrêt ait été décerné (cf. 8-4-1892 ; D.P. 1893.I.302).

(121) Ainsi Crim., 14-12-1905, B. 553.

(122) Crim., 12-9-1912, B. 480 ; D.P. 1914.I.146.

(123) Jurisprudence constante depuis 13-2-1818, B. 21.

(124) Crim., 7-7-1899, B. 199 (pas de convocation des parties devant le conseil-ler). Même solution, 5-12-1902, B. 378.

(125) Ainsi Crim., 3-6-1935, B. 75 ; Crim. 29-1-1953, B. 29.

(126) Ainsi statué : Crim., 9-3-1916, B. 58 ; Crim., 20-10-1927, B. 227 ; Crim., 3-6-1935, B. 75 ; Crim., 21-4-1944, B. 107 ; D.A. 1944.J.88.

En réalité, lorsqu'un juge d'instruction était délégué pour procéder à une instruction complémentaire, il observait de lui-même les diverses formalités qu'il avait l'habitude d'accomplir. Par ailleurs, la loi de 1897 ne concerne que les interrogatoires. Or, ces actes ont déjà été accomplis au cours de la première instruction. En quelque sorte, la loi du 28 octobre 1955 est venue mettre en harmonie les textes avec une pratique judiciaire fréquente. Le Code de procédure pénale adopte la même attitude en précisant que le supplément d'information est mené conformément aux règles relatives à l'instruction préalable (art. 205 C.P.P.).

Ainsi les diverses formalités concernant les interrogatoires devront être observées désormais, et l'inculpé pourra communiquer librement avec son défenseur (art. 116 C.P.P.) (127). Le ministère public disposera des mêmes droits : l'article 205 al. 2 rappelle que : « Le procureur général peut, à tout moment, requérir la communication de la procédure à charge de rendre les pièces dans les vingt-quatre heures. » Ce texte confère ainsi les attributions du procureur de la République (art. 82 al. 2), au procureur général. Ce magistrat pourra requérir tout acte d'instruction utile à la manifestation de la vérité. Le juge chargé du supplément d'information n'est pas tenu de faire droit à cette demande, ni même de répondre à la demande du procureur. Celui-ci pourrait présenter sa requête devant la chambre d'accusation en la priant d'ordonner expressément telle mesure (128).

449. — Pour assurer le respect des règles établies, le Code de procédure pénale a expressément étendu le système des nullités de l'information préalable à la procédure menée devant la chambre d'accusation (art. 218 C.P.P.). La chambre d'accusation est désormais investie du contrôle de la régularité des procédures menées devant le juge d'instruction, mais aussi de celles effectuées sur sa délégation (cf. art. C. 399 : jeu des art. 174 et 206 C.P.P.).

Soumis aux mêmes formes, confiés à un magistrat, les actes exécutés par un juge chargé d'un supplément d'information par la chambre d'accusation apparaissent comme d'authentiques actes d'instruction.

450. — A ce propos, nous voudrions noter que le régime de la détention préventive diffère de celui admis en matière d'instruction préparatoire, et cela précisément parce que la détention préventive n'a qu'un rapport indirect avec l'instruction. La durée de la détention préventive est limitée à quatre mois lorsque le juge d'instruction est saisi de l'affaire. Une telle limitation existe-t-elle lorsque la cham-

(127) Solution inverse adoptée précédemment ; Crim., 20-3-1903, B. 123 ; D.P. 1904.I.477.

(128) Le juge délégué n'ayant pas de pouvoir juridictionnel, il ne peut refuser d'effectuer tel acte, ce qui l'amène à rendre un acte juridictionnel susceptible d'appel. Aussi le procureur devra-t-il s'adresser à la chambre d'accusation elle-même (cf. arrêt du 27-7-1907 ; S. 1909.I.169).

bre d'accusation est saisie du dossier ? La chambre criminelle a répondu à cette question par deux arrêts du 5 octobre 1960 (129).

Le premier arrêt rejeta la demande de l'inculpé qui prétendait que les prolongations de l'article 139 C.P.P. étaient applicables. Après l'ordonnance de transmission de la procédure au procureur général, le mandat conserve sa valeur exécutoire : notamment l'article 139 n'a pas à recevoir d'application en cas de supplément d'information, ordonné par la chambre d'accusation. Cette conception résulte du caractère juridictionnel des actes relatifs à la détention préventive ; or, le juge délégué n'est chargé que de pouvoirs d'instruction (art 201 al. 1).

L'inculpé n'est, cependant, pas démunie de tout moyen d'action : l'article 142 C.P.P. lui permet à tout moment de présenter une demande de mise en liberté provisoire. Dans cette hypothèse, le mécanisme de la mise en liberté d'office n'est pas applicable (130). C'est probablement parce que l'on craint moins de négligence de la part d'une juridiction collégiale que d'un juge unique. Aussi l'article 139 C.P.P. n'est applicable que durant la saisine du juge d'instruction. Cette solution est fournie par le deuxième arrêt du 5 octobre 1960, refusant l'application de l'article 139 après la clôture de l'instruction par une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel (131).

Cette différence de situation entre l'instruction préparatoire et le supplément d'information provient de ce que le magistrat, dans le premier cas, possède outre ses pouvoirs d'instruction, des attributions juridictionnelles, tandis que dans le second cas, son activité se borne à des activités de recherche de la vérité. C'est uniquement dans la mesure où il procède à des actes d'instruction que le magistrat chargé d'un supplément d'information est tenu aux mêmes règles que le juge d'instruction.

§ 2. — Le supplément d'information ordonné par les juridictions collégiales de jugement (132).

451. — Le Code d'instruction criminelle n'avait rien prévu en cette matière. Estimant que les instructions ont été bien menées, il n'avait pas réglementé l'information complémentaire. La pratique,

(129) *Crim.*, 5-10-1960, B. 424 et B. 426 ; *J.C.P.* 1960.II.11828, note Chambon. Voir aussi CHAMBON, « La prolongation de la détention préventive », *J.C.P.* 1961.I.1627.

(130) *Ainsi Crim.*, 1-3-1961, B. 130 ; D. 1961.275.

(131) M. CHAMBON approuve cette solution qui va ôter bien des soucis aux juges d'instruction qui se demandaient s'il leur était encore possible de statuer sur des dossiers dont ils sont dessaisis (*J.C.P.* 1960.II.11828. Voir aussi Aix, 15-6-1960 ; *J.C.P.* 1960.II.11748). De même, *Crim.*, 21-11-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962.

(132) En fait, il s'agit uniquement du tribunal correctionnel et de la cour d'appel. Bibliographie : LESCUDIER, *Journal des Parquets*, 1908.I.83, *Rev. critique*, 1908, p. 32 ; BOYER, « Le supplément d'information devant les juridictions repres-

cependant, ressentit la nécessité de procéder à des investigations nouvelles. La pratique des enquêtes officielles n'est peut-être pas totalement étrangère au développement de ces suppléments. Le tribunal ne dispose pas d'un dossier complet et il ne peut pas statuer en pleine connaissance de la cause.

Au cours des débats, il est possible aussi qu'une partie invoque tel fait ou telle circonstance. Pour mettre un terme à ces allégations, la juridiction de jugement ordonnera un supplément d'information destiné à faire la pleine lumière sur les faits. La cour d'assises a rarement l'occasion de prononcer de telles mesures : outre que l'instruction a été menée à deux degrés, le président de cette juridiction dispose avant l'audience d'attributions particulières. S'il est nécessaire de mener une instruction nouvelle, il y aurait lieu de renvoyer l'affaire à une session ultérieure et l'information serait confiée au président de la cour d'assises (art. 343 C.P.P. et art. 283 C.P.P.).

En revanche, les tribunaux correctionnels connaissent fréquemment cette procédure. Et cependant, la loi du 28 octobre 1955 a été le premier texte législatif à en révéler l'existence. Le Code de procédure pénale a également consacré un article à ce supplément d'information (art. 463 C.P.P.). Afin de déterminer la nature des actes effectués en vertu de cette disposition, nous envisagerons successivement la désignation du titulaire des pouvoirs et l'étendue des pouvoirs.

A. — LA DÉSIGNATION DU TITULAIRE DES POUVOIRS.

452. — Si le tribunal correctionnel est saisi d'une demande tendant à un supplément d'information, il est tenu de répondre (133). Le tribunal pourrait d'office estimer une telle mesure nécessaire pour parvenir à la découverte de la vérité. C'est ce qu'a admis la Cour de cassation par un arrêt du 21 juin 1877 (134) : « Le droit de procéder ainsi ne lui est interdit par aucun texte de loi et ne saurait lui être dénié, car il a pour but d'arriver à la manifestation de la vérité, d'éclairer la conscience des juges et fait ainsi partie intégrante de sa fonction dont il assure l'exercice ; qu'il ne constitue pas un dessaisissement de juridiction puisque la Cour retient l'affaire et en renvoie seulement la solution à une époque plus éloignée. »

De manière très nette, cet arrêt indique que les juges ont véritablement un devoir d'être informés de tous les éléments de la cause. De nombreux autres arrêts affirmeront à nouveau ce principe (135).

sives », Toulouse, 1936 ; LAPLATTE, « Le supplément d'enquête en matière correctionnelle », S.J. 1937.I.26 ; STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 786 et 787 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n^o 1357.

(133) Crim., 9-1-1914, B. 22.

(134) Crim., 21-6-1877, B. 147 ; D.P. 1877.I.408 ; S. 1878.I.46 (statuant sur l'arrêt d'Alger 1-3-1877 ; S. 1877.2.210).

(135) Ainsi Crim., 1-4-1892, B. 99 ; D.P. 1892.I.525 ; Crim., 12-8-1921, B. 349 ; Crim., 2-8-1934, B. 153 ; Crim., 21-2-1952, B. 51. Voir pour la souveraineté du

453. — Dans ces conditions, il pourra être fait reproche à une juridiction de n'avoir pas ordonné un supplément d'information. Tel était le cas, le 10 novembre 1899 (136), où les juges correctionnels avaient invoqué le manque de pièces au dossier pouvant fonder leur conviction, pour relaxer un prévenu. La chambre criminelle cassa cette décision car il appartenait aux juridictions correctionnelles de prescrire les mesures d'instruction omises et utiles à la manifestation de la vérité. Il n'était pas possible de relaxer un prévenu au bénéfice du doute tout en reconnaissant l'insuffisance de l'information : le devoir du juge est d'obtenir tous renseignements utiles. La même attitude de la Cour de cassation est attestée par deux arrêts du 30 décembre 1927 et du 21 février 1952 (137). Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation précise que l'insuffisance de motifs équivaut au défaut de motifs, alors qu'il est de l'office des juges de décider un supplément d'information.

454. — Aussi, lorsque les juges prescrivent cette procédure, leur décision est à l'abri de toute critique. Ils sont souverains pour apprécier la nécessité d'un supplément d'information. C'est ce qui a été décidé pour les expertises prescrites par les juridictions correctionnelles (138).

« Les tribunaux, en matière correctionnelle, apprécient souverainement la nécessité ou l'opportunité d'une expertise et leur appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation. » L'expertise étant une mesure d'instruction possible, la Cour de cassation a statué de la même manière dans l'hypothèse d'un supplément d'information (139). Le 21 février 1952 (140), il est affirmé qu'est à l'abri de toute critique l'arrêt décidant une instruction à l'audience, dans l'impossibilité d'effectuer un supplément d'information. Un arrêt du 22 mars 1960 (141) témoigne de la même interprétation sous l'empire du Code de procédure pénale : le supplément d'information est souverainement apprécié par les juges du fond.

Toutefois, la décision ordonnant ou refusant ce supplément d'information doit posséder une motivation exacte. Un tribunal militaire, saisi d'une demande de supplément d'information pour vérifier le bien-fondé d'une allégation selon laquelle les aveux obtenus au cours de l'enquête officieuse avaient été déterminés par la contrainte, l'avait rejetée en estimant qu'il s'agissait d'une question de culpabilité (con-

refus : Crim., 7-7-1960, B. 362 ; Crim., 2-2-1961, B. 70 ; Crim., 19-10-1961, B. 412 et Crim., 26-10-1961, B. 423 ; Crim., 30-10-1962 ; J.C.P. 1962.IV.158.

(136) Crim., 10-11-1899, B. 312 ; D.P. 1901.I.373.

(137) Crim., 30-12-1927, B. 336 ; Crim., 21-2-1952, B. 50 ; Crim., 30-10-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 300, p. 623.

(138) Crim., 28-5-1891, B. 121 et Crim., 24-7-1897, B. 259.

(139) Ainsi Crim., 5-5-1900, B. 172 ; Crim., 9-2-1924, B. 70.

(140) Crim., 21-2-1952, B. 51.

(141) Crim., 22-3-1960, B. 161, D. 1960.689 (solution identique pour le supplément d'information ordonné par une chambre d'accusation, Crim., 22-3-1960, B. 157). *Adde* : Crim., 19-10-1961, B. 412 et Crim., 26-10-1961, B. 423.

trainte cause de non-imputabilité). La Cour de cassation, le 10 novembre 1959 (142), cassa cet arrêt qui mêlait deux notions différentes, l'incident soulevé ne pouvant d'aucune manière être joint au fond de l'affaire. La décision doit non seulement être motivée, mais encore avoir des motifs conformes à la réalité.

Mais, de quelle manière le supplément d'information est-il effectué ?

455. — Pour un acte isolé, peu de difficultés se présentent : pour l'audition d'un témoin, le tribunal ordonnera sa comparution pour qu'il effectue sa déposition. Pour une expertise, la juridiction désignera la personne chargée d'y procéder (143). Elle ne pourrait se décharger de ce soin au profit d'un tiers. La Cour de cassation, le 22 novembre 1956 (144) a cassé une décision qui, ayant reconnu la nécessité d'une expertise, avait chargé de ce soin le président du tribunal civil. Il faut reconnaître qu'une telle manière de faire mêlait à l'instruction du procès une personne qui n'avait aucune qualité pour y procéder.

Avec la nouvelle réglementation de l'expertise, il sera nécessaire qu'un magistrat suive le déroulement des opérations. Certains ont pensé qu'il serait possible à la juridiction de jugement de désigner au choix, soit un magistrat ayant participé au jugement, soit tout autre magistrat (145). A notre avis, cette dernière hypothèse doit être exclue. Si la Cour de cassation estime qu'un tribunal peut désigner un expert, il n'a jamais été admis qu'un tiers puisse surveiller cette mission. Le magistrat « chargé de suivre l'expertise », par les suggestions et les orientations qu'il peut donner à l'expert, exerce des attributions d'instruction et il convient qu'il soit désigné conformément aux règles relatives au supplément d'information.

456. — Or, le supplément d'information ne peut pas être confié à n'importe quel magistrat. La solution dégagée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation a été consacrée par l'article 463 C.P.P. : « S'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres. » (L'article 512 C.P.P. pour la cour d'appel prévoit l'application des textes concernant le tribunal correctionnel.)

La première jurisprudence rendue atteste cette attitude (146). Mais, il n'en était pas de même dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 1^{er} avril 1892 (147). Le tribunal, en effet, avait délégué

(142) Crim., 10-11-1959, B. 475.

(143) Ainsi Crim., 28-5-1891, B. 121 et Crim., 24-7-1897, B. 259.

(144) Crim., 22-1-1956, B. 769 ; D. 1957.89.

(145) LEMERCIER, Jurisclasseur de procédure pénale, article 463.

(146) Ainsi Crim., 15-1-1853, B. 20 ; D. 1853.5.269 ; Crim., 21-6-1877, B. 147 ; D.P. 1877.I.408.

(147) Crim., 1-4-1892, B. 99 ; D.P. 1892.I.525 (à l'époque n'était pas encore édictée l'incompatibilité pour un juge d'instruction de participer au jugement des affaires correctionnelles qu'il a instruites).

le juge d'instruction du siège. En fait, ce magistrat faisait aussi partie de la juridiction de jugement. Comme il n'était pas possible à la Cour de cassation de déterminer en quelle qualité il avait été délégué, le doute entraîna la cassation de l'arrêt. A plusieurs reprises, des informations furent annulées pour ce motif (148), mais il convient de remarquer aussi que souvent l'instruction est confiée à un membre du tribunal (149).

On pouvait estimer, sous l'empire du Code d'instruction criminelle que cette solution s'imposait en raison du droit qui appartenait au ministère public de choisir le juge d'instruction (art. 61 C.I.C.). Actuellement, il en serait peut-être différemment puisque le juge d'instruction est désigné par le président du tribunal (150). En réalité, il ne serait pas mieux possible de déléguer directement un juge d'instruction, car l'interdiction a pour objet d'éviter l'intrusion d'un magistrat qui ignore tout de l'affaire. Une telle activité ne peut être confiée qu'à un membre de la juridiction. Ainsi, a été annulée la décision qui mettait un conseiller qui n'avait pas participé au jugement (151) ou qui chargeait le président du tribunal civil de désigner un expert (152). Cette prise de position était à nouveau affirmée le 3 mars 1959 (153), à un moment où le nouveau Code de procédure pénale venait d'entrer en vigueur. La Cour de cassation annule la décision confiant au président d'un tribunal civil le soin de choisir un expert. L'article 463 C.P.P. ne fait que consacrer une tradition jurisprudentielle.

457. — Mais, si seul un membre de la juridiction peut être chargé d'un supplément d'information, rien n'empêche ce magistrat de déléguer ses fonctions comme le ferait un juge d'instruction. Un tel procédé a été reconnu valable par la Cour de cassation, le 31 mai 1924 (154), à propos d'une affaire où un conseiller chargé de l'instruction complémentaire avait délégué un juge de première instance ayant participé à la première décision. La chambre criminelle a reconnu qu'il n'y avait aucune atteinte au principe du dessaisissement du juge du premier degré, car « le magistrat commis a agi non en vertu des pouvoirs de sa qualité de juge au tribunal dessaisi, mais en vertu d'une délégation d'un membre de la juridiction supérieure saisie de

(148) Crim., 11-2-1915, B. 30 ; Crim., 12-8-1921, B. 349 ; Crim., 2-8-1934, B. 153 ; D.H. 1934.494 ; Crim., 4-1-1958, B. 14.

(149) Ainsi Crim., 10-12-1896, B. 363 ; Crim., 27-1-1899, B. 4 ; D.P. 1899.I.240 ; Crim., 26-4-1900, B. 158 ; D.P. 1904.I.444 ; S. 1903.I.199 ; Crim., 18-2-1921, B. 83 ; Crim., 31-5-1924, B. 245 ; Crim., 3-3-1959, B. 142.

(150) En réalité, ce qui saisit le juge, c'est le réquisitoire introductif du ministère public lui dénonçant des agissements délictueux. La désignation par le président du tribunal constitue seulement un acte d'administration de la justice.

(151) Crim., 11- 7-1956, B. 528 ; D. 1956, som. 146.

(152) Crim., 22-11-1956, B. 769 ; D. 1957.89, note P.A.

(153) Crim., 3- 3-1959, B. 147.

(154) Crim., 31- 5-1924, B. 245. Même solution déjà le 29-5-1914, B. 270, où le juge du deuxième degré avait choisi un juge du premier degré.

l'affaire ». Au surplus, il n'existait aucune atteinte aux droits de la défense, car « les résultats de la commission rogatoire avaient été versés au dossier de la procédure et soumis à la discussion des parties ». Le 3 mars 1959 (155), la chambre criminelle connaissait d'une affaire identique de délégation à un juge d'instruction, mais le pourvoi fut déclaré irrecevable car le moyen n'avait pas été invoqué devant la cour d'appel.

Si un tel grief avait pu entraîner l'annulation de la procédure, nul doute qu'il aurait été procédé à son examen. Il a même été admis que le magistrat délégué puisse donner commission rogatoire à un officier de police judiciaire pour effectuer un interrogatoire (156). Cette dernière solution ne serait probablement plus possible actuellement puisque l'article 463 C.P.P. renvoie expressément aux articles 151 à 155 concernant les commissions rogatoires, parmi lesquels figure l'interdiction de déléguer un officier de police judiciaire pour l'accomplissement d'un interrogatoire (art. 152 al. 2 C.P.P.).

En revanche, toutes les autres délégations seraient permises. C'est ce que témoigne un arrêt de la chambre criminelle du 12 octobre 1961 (157). Le magistrat commis par le tribunal militaire, pour effectuer un supplément d'information, peut déléguer un juge d'instruction militaire, aucune disposition du Code de justice militaire ou du Code de procédure pénale ne le lui interdisant.

458. — En matière de juridictions militaires, cependant, la Cour de cassation avait adopté, pendant un moment, une position différente. Notamment, à propos du conseil de guerre, il a été jugé que la juridiction ne pouvait confier à l'un de ses membres le supplément d'information : il fallait charger le commissaire du gouvernement de prendre toutes mesures nécessaires en vue de l'accomplissement des actes supplémentaires. Le magistrat rapporteur ne serait pas compétent (158). En pareille hypothèse, le commissaire du gouvernement devrait solliciter la délivrance d'un nouvel ordre d'informer en vue de la saisine du magistrat rapporteur.

Cette solution, qui peut paraître surprenante, résulte du caractère non permanent de cette juridiction (159). Aussi faut-il refaire l'instruction en suivant à nouveau toute la procédure. Pour les tribunaux militaires de droit commun (les tribunaux permanents des Forces armées), la situation est donc différente puisque ces tribunaux sont permanents. Les règles que nous avons dégagées pour les tribunaux correctionnels sont donc applicables. La Cour de cassation a admis,

(155) Crim., 3-3-1959, B. 142.

(156) Ainsi Crim., 2-3-1950, B. 83.

(157) Crim., 12-10-1961 ; J.C.P. 1961.IV.157, B. 402.

(158) Arrêts du 18-5-1922, B. 188 et du 16-11-1922, B. 364.

(159) L'explication est fournie par un arrêt de la chambre criminelle du 11-8-1922, B. 291.

le 28 juin 1935 (160), que les tribunaux militaires ont le droit de prononcer le renvoi aux fins d'information supplémentaire. L'un des magistrats le composant peut en être chargé avec les mêmes attributions qu'un membre du tribunal correctionnel. Notamment, il lui sera possible de déléguer un juge d'instruction militaire, lequel n'a pas besoin d'être saisi en vertu d'un ordre d'informer. Deux arrêts rendus l'un le 24 décembre 1959 (161), l'autre le 12 octobre 1961 (162) manifestent actuellement cette assimilation des tribunaux militaires aux tribunaux correctionnels.

Il importe, alors, de connaître avec précision la mission exacte du magistrat délégué afin de savoir si son exécution révélera l'accomplissement d'actes d'instruction.

B. — L'ÉTENDUE ET LA NATURE DES POUVOIRS.

459. — Ni le Code d'instruction criminelle, ni le Code de procédure pénale ne répondent directement à ces questions.

1. Il importe, tout d'abord, de constater que le magistrat délégué ne dispose que d'attributions d'instruction, à l'exclusion de tout pouvoir juridictionnel. Ainsi, il ne pourrait être décerné de mandat de mise en détention (163). Cette attribution relève uniquement de la juridiction saisie, qui a seule compétence pour modifier le statut des prévenus déférés devant elle. Un arrêt de la cour d'appel de Pau a ainsi reconnu qu'il était impossible à un tribunal de déléguer à un juge d'instruction le soin de statuer sur la mise en liberté provisoire (164). S'agissant d'une attribution purement juridictionnelle, il ne pouvait être dérogé à l'ordre des juridictions. La même solution serait admise actuellement. L'article 142 C.P.P. confie à la juridiction saisie d'une poursuite la charge de statuer sur une demande de mise en liberté provisoire. Le tribunal correctionnel est donc compétent pour modifier l'état du prévenu, soit en le mettant en liberté, soit en ordonnant une nouvelle détention.

Le magistrat délégué ne pourra pas non plus statuer sur des incidents de la procédure. Ainsi, si une demande de restitution de documents préalablement saisis est présentée, il ne sera pas compétent pour la prononcer. De même, il n'aura pas à rendre d'ordonnance de soit-communiqué préalable à des réquisitions définitives, car il ne peut terminer l'information par une ordonnance.

Une fois les documents réunis, ils seront déposés au greffe du tribunal où les différentes parties au procès, tant le ministère public

(160) *Crim.*, 28-6-1935, B. 89.

(161) *Crim.*, 24-12-1959, B. 584.

(162) *Crim.*, 12-10-1961 ; J.C.P. 1961.IV.157, B. 402.

(163) Rappelons que la juridiction de jugement n'a pas la possibilité d'étendre les poursuites à l'égard de nouveaux inculpés. Elle est saisie *in rem* et *in personam*.

(164) *Cour d'appel de Pau*, 27-11-1872 ; D.P. 1874.2.71.

que le prévenu et la partie civile, pourront en prendre connaissance. De toute manière, ces documents feront l'objet d'un débat public et contradictoire. Si les actes juridictionnels sont interdits au magistrat chargé d'un supplément d'information, il semble que tous les actes de l'instruction préalable sont permis.

460. — 2. Des arrêts soumis à la Cour de cassation il ressort que, souvent, il a été nécessaire de procéder à des interrogatoires, à des confrontations avec des témoins, à des expertises ou à des visites sur les lieux.

Nous noterons, à cet égard, que l'introduction du sursis simple, d'abord, et du sursis avec mise à l'épreuve a conduit les tribunaux correctionnels à solliciter des mesures nouvelles d'instruction, afin de connaître l'opportunité d'accorder le bénéfice du sursis (165). Est-ce à dire, pour autant, que le supplément d'information autorise tous les actes d'instruction ?

Telle était l'opinion généralement admise, mais un arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1957 est venu jeter un certain trouble (166). Au cours d'une procédure menée au Cameroun, où la plupart des règles de fond et de forme avaient été déclarées applicables, il avait été demandé à la juridiction d'ordonner un supplément d'information. Le procureur général aurait désiré que la mission du magistrat comportât le pouvoir d'effectuer des perquisitions et des saisies. Sur le refus de la Cour de faire droit à cette demande, le procureur général se pourvut en cassation. La chambre criminelle rejeta le pourvoi, en estimant que les visites domiciliaires, perquisitions et saisies étaient des mesures d'instruction qui ne pouvaient être opérées que dans les conditions prescrites par le C.I.C. Comme aucun texte n'autorisait une juridiction de jugement à y procéder ou y faire procéder, la Cour avait refusé à bon droit de donner une telle mission au magistrat chargé du supplément d'information.

Cette solution est, à vrai dire, difficilement compréhensible. M. Lemer cier estime que cette impossibilité est due au fait que la juridiction ne pourrait pas y procéder et qu'elle ne peut déléguer des attributions qu'elle ne possède pas (167). En réalité, cette explication n'est pas satisfaisante, car un tel raisonnement aurait dû interdire la pratique même des suppléments d'information. Pourquoi admettre, en l'absence de tout texte, la possibilité d'entendre un témoin, d'effectuer une confrontation et refuser d'ordonner une perquisition ?

Il paraît plus raisonnable de chercher un autre fondement à cet arrêt. Indépendamment de la lettre même de l'article 87 C.I.C. qui

(165) Pour le sursis simple, les renseignements recueillis par le ministère public peuvent suffire. En revanche, le sursis avec mise à l'épreuve exige une appréciation des chances de succès de cette mesure. Aussi, convient-il d'obtenir des renseignements sérieux que l'enquête préliminaire n'a peut-être pas fournis.

(166) Crim., 20-2-1957, B. 171.

(167) LEMERCIER, Jurisclasseur de procédure pénale, article 463, n° 41.

n'autorise les perquisitions qu'au cours d'une instruction, il semble que la Cour de cassation a tenu un autre raisonnement. En réalité, ce n'est pas parce que l'acte était hors des attributions d'une juridiction de jugement que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. La chambre criminelle a estimé qu'en l'espèce la cour d'appel avait apprécié souverainement l'opportunité de la mesure supplémentaire sollicitée. Aucun grief ne pouvait, dès lors, être formulé à l'encontre de l'arrêt de la Cour.

Si telle n'était pas l'interprétation qu'il convient de donner à cet arrêt aucun doute, toutefois, n'existerait aujourd'hui. L'article 463 C.P.P. accorde au magistrat délégué les mêmes pouvoirs qu'à un officier de police judiciaire commis par un juge d'instruction. Or, ces personnes ont la faculté d'exécuter des perquisitions. Au cours du supplément d'information sont donc permis uniquement des actes d'instruction (168) et tous les actes d'instruction. Mais cette appellation d'actes d'instruction est-elle exacte ?

461. — 3. Sous l'empire du Code d'instruction, cette qualification ne faisait aucun doute. Un arrêt du 19 mars 1825 (169) considérait comme tels des actes accomplis sans délégation régulière par le président d'une cour d'appel. L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 allait modifier cet état de choses. Dès le 27 janvier 1899 (170), la Cour de cassation considérait que cette loi n'intéressait pas le domaine du supplément d'information ordonné par une juridiction de jugement.

Le pourvoi invoquait l'application de l'article 1^{er} interdisant la participation du juge d'instruction aux affaires qu'il a instruites. La chambre criminelle rejeta cette prétention qui aurait conduit à une extension de la loi. Loin d'admettre le non-cumul des fonctions, la Cour de cassation a affirmé la nécessité que le supplément d'information soit mené par un des magistrats ayant participé au jugement (171).

En revanche, il n'est pas nécessaire que la décision définitive intervienne avec l'assistance obligatoire du magistrat chargé du supplément d'information. En pareille hypothèse, il suffit de procéder à un nouveau rapport. La situation se présente de la même manière que si un des magistrats, au cours d'une mise en délibéré, était décédé (172).

(168) Le magistrat commis ne dispose pas de la faculté de décerner des mandats, faculté qui est interdite à un O.P.J. Il a à sa disposition la garde à vue (art. 154), mesure conservatoire.

(169) Crim., 19-3-1825, B. 50.

(170) Crim., 27-1-1899, B. 4 ; D.P. 1899.I.240.

(171) Ainsi, pour l'exclusion de l'article 1^{er} de la loi de 1897 : Crim., 26-4-1900, B. 158 ; D.P. 1904.I.444 ; S. 1903.I.199 ; Crim., 8-4-1911, B. 205.

(172) Ainsi statué sur l'application de l'article 209 C.I.C. : Crim., 22-1-1937, B. 9 ; Crim., 26-6-1937, B. 136 ; Crim., 29-3-1946, B. 100 ; D. 1946.308 ; Crim., 1-2-1950, B. 31 ; D. 1950.265 ; Crim., 31-5-1949, B. 200.

Actuellement encore, un tel vice provenant de la violation du principe de la séparation des fonctions ne serait pas admis. Si l'article 49 C.P.P. édicte l'impossibilité pour un juge d'instruction de participer au jugement des affaires instruites, l'article 463 fait une obligation à la juridiction de jugement, de déléguer un de ses membres pour le complément d'instruction.

462. — Ce sont les autres dispositions de la loi de 1897, relatives aux formalités des actes qui n'ont pas été reconnues applicables au supplément d'information. Ainsi, l'interrogatoire de l'inculpé pouvait avoir lieu sans que son conseil ait été convoqué ou ait obtenu la communication de la procédure (173), et cela quelle que soit la juridiction de jugement (174). De même, si l'interrogatoire doit être effectué par un expert procédant à un examen mental de l'inculpé, les formalités de la loi de 1897 n'auront pas à s'appliquer (175). Enfin, il ne saurait être question de donner communication aux conseils des ordonnances du juge (176).

Il semble alors que la ligne de partage se situe à propos de l'application de la loi de 1897. Si une formalité est prescrite au Code d'instruction criminelle, elle doit être observée même au cours du supplément d'information ; si les formes sont décrites particulièrement dans la loi de 1897, elles ne sont applicables qu'au seul juge d'instruction. C'est ce que témoigne un arrêt du 19 juin 1931 (177), où la Cour de cassation affirme que l'expert désigné au cours d'un supplément d'information est tenu de prêter le serment prescrit par l'article 44 C.I.C., et cela alors même qu'il avait déjà été commis dans la même affaire.

463. — Cependant, deux arrêts de la Cour de cassation manifestent une position différente relativement à des actes prévus au Code d'instruction criminelle. En matière de commissions rogatoires, il a été décidé le 2 mars 1950 (178), que les dispositions de l'article 90 C.I.C. devaient être interprétées restrictivement, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquaient que dans l'hypothèse de la saisine du juge d'instruction. La loi du 25 mars 1935, qui était revenue sur la sévérité de la loi du 7 février 1933, permettait la commission rogatoire pour tout acte, à l'exclusion des interrogatoires réservés à des magistrats. Or, en l'espèce, une commission rogatoire avait été délivrée à un officier de police judiciaire en vue de l'accomplissement d'un interrogatoire, et la Cour de cassation a reconnu la validité d'un tel acte.

(173) *Crim.*, 26-4-1900, B. 158 ; D.P. 1904.I.444 ; S. 1903.I.199.

(174) Non-application devant une cour criminelle : *Crim.*, 5-8-1928, B. 236 ; S. 1930.I.79. Non-application devant un conseil de guerre : *Crim.*, 24-3-1923, B. 133.

(175) *Crim.*, 11-5-1923, B. 203.

(176) *Crim.*, 26-3-1927, B. 88.

(177) *Crim.*, 19-6-1931, B. 179.

(178) *Crim.*, 2-3-1950, B. 83.

A la vérité, une telle décision mérite d'être critiquée. L'article 90 C.I.C., loin de concerner simplement la procédure menée devant le juge d'instruction, constitue une règle de fond destinée à assurer le respect de la défense et à garantir l'inculpé. La solution inverse ne peut être comprise que par rapport à la loi de 1897. Si l'interrogatoire exécuté en vertu d'un supplément d'information n'est pas soumis aux formalités de la loi de 1897, rien n'empêche un officier de police judiciaire d'y procéder : ce sont, en effet, les formalités qui sont inconciliables avec les méthodes en usage au sein de la police judiciaire. Le conseil ne peut pas être convoqué ni la procédure communiquée la veille de cet acte. De plus, les locaux de la police judiciaire sont peu compatibles avec la dignité de l'avocat.

Si ces motifs ont paru péremptoires au stade de l'instruction préalable, il est difficilement concevable de les écarter pour l'instruction complémentaire. Cette solution, conforme à la conception de l'application de la loi de 1897, n'en est pas moins contraire à l'intérêt de l'inculpé et attentatoire aux droits de la défense.

L'intervention de la loi du 28 octobre 1955 aurait probablement conduit à un revirement de la jurisprudence puisque instruction préparatoire et supplément d'information étaient régis par les mêmes règles. En sorte qu'on pouvait induire que tous les actes d'instruction étaient susceptibles d'être accomplis au cours du supplément d'information.

Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 20 février 1957 (179), estima que les perquisitions, saisies ou les visites domiciliaires étant des actes d'instruction ne pouvaient être accomplis au cours d'un supplément d'information. En d'autres termes, il était reconnu que les actes effectués au cours d'une instruction complémentaire ne pouvaient être qualifiés « d'actes d'instruction ».

Ainsi, jusqu'à la mise en vigueur du Code de procédure pénale, il n'était pas possible de considérer que le magistrat chargé d'un supplément d'instruction exécute de véritables actes d'instruction. Le Code de procédure pénale a mis fin à cette conception, en harmonisant les différents textes relatifs à l'instruction.

464. — Désormais, le supplément d'information est régi par les textes concernant les commissions rogatoires. Le magistrat délégué peut effectuer tous actes utiles à la manifestation de la vérité en se conformant aux règles prévues pour le juge d'instruction. L'article 152 al. 1 C.P.P. prévoit, en effet, que la personne commise « exerce, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction ». En d'autres termes, disposant des mêmes attributions, elle est soumise aux mêmes obligations et devoirs. L'article 463 C.P.P. prend, d'ailleurs, le soin de préciser que les interrogatoires accomplis seront soumis aux formalités des arti-

(179) Crim., 20-2-1957, B. 171.

cles 118 à 121. Ce sont aussi tous les autres actes permis au juge d'instruction qui devront respecter les formes réglementées. Ainsi, le magistrat délégué pourrait valablement opérer une perquisition ou une saisie du moment qu'elle a trait à la poursuite des faits soumis à la juridiction de jugement.

Le ministère public est associé à l'œuvre du magistrat. L'article 463 al. 3 reproduit la disposition de l'article 82 al. 2 C.P.P., en permettant au procureur de la République d'obtenir la communication du dossier à tout moment, à charge de rendre les pièces dans les vingt-quatre heures. Ce magistrat disposera des mêmes attributions qu'en matière d'instruction préalable, notamment il pourra requérir du juge l'accomplissement de tout acte utile à la manifestation de la vérité. Mais, en cas de refus, le procureur de la République a seulement la faculté de présenter requête devant la juridiction de jugement pour solliciter cette mesure.

Le magistrat délégué ne dispose pas d'attributions juridictionnelles et le refus d'un acte ne pourrait être frappé d'appel par le ministère public. Le fait même que les actes accomplis sont des actes d'instruction entraîne leur soumission au régime général des nullités en matière d'instruction préparatoire.

465. — Les pouvoirs des juridictions de jugement pour constater la nullité des actes d'instruction se trouvent restreints depuis la réforme accomplie par l'ordonnance du 4 juin 1960 (180). Toutefois, dans l'hypothèse du supplément d'information, le prévenu aura le droit d'invoquer les vices et les irrégularités des actes complémentaires devant la juridiction de jugement. Celle-ci appréciera le bien-fondé des griefs présentés. Le demandeur, cependant, sera tenu d'observer la prescription de l'article 385 C.P.P., c'est-à-dire qu'il devra invoquer le vice *in limine litis*, avant de présenter sa défense au fond.

C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 22 novembre 1961 (181). Un prévenu ne pourrait faire état devant la cour d'appel des nullités commises au cours d'un supplément d'information ordonné par un tribunal correctionnel, qu'à la condition de les avoir soulevées devant ce tribunal, avant de se défendre au fond, conformément à l'article 385 C.P.P. Ainsi, actes d'instruction préalable et actes d'instruction complémentaire sont soumis au même régime de nullité lorsque la chambre d'accusation n'a pas été saisie lors de l'instruction préparatoire.

466. — Peut-être demeurerait-il une différence — à la vérité très minime — en matière de témoignage. Il est admis, en effet, qu'un témoin ne peut être poursuivi pour fausse déposition devant le juge d'instruction. Qu'en est-il en matière de supplément d'information ?

(180) Voir le commentaire des nouvelles dispositions de l'article 174 C.P.P., dans la note M.R.M.P. ; D. 1961.288 (sous Crim., 23-2-1961, B. 121).

(181) Crim., 22-11-1961 ; J.C.P. 1961.IV.183 ; J.C.P. 1962.II.12545, note Chambon.

La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 19 mai 1928 (182), que le faux témoignage pouvait être réalisé en cas de supplément d'information ordonné par une juridiction de jugement.

Cette solution semble devoir être admise même actuellement, alors que la notion d'acte d'instruction a retrouvé son unité. En effet, au cours de l'instruction préparatoire, les recherches effectuées ont pour objet de réunir tous les éléments nécessaires pour fonder une inculpation. En revanche, dans l'hypothèse d'un supplément d'information, l'inculpation a déjà paru fondée pour exiger des renseignements complémentaires. De plus, le magistrat délégué agit au nom de la juridiction de jugement (183). Aussi, la fausse déposition est considérée comme faite à la juridiction elle-même, sans compter qu'elle risquerait de porter une atteinte très grave aux droits du prévenu.

Cette particularité, au reste, ne risque pas de mettre en péril l'unité de la notion d'acte d'instruction. Elle provient uniquement de la différence de caractère de la juridiction, l'une étant chargée de parvenir à des résultats provisoires, tandis que l'autre devant obligatoirement donner une solution au fond.

(182) Crim. 19-5-1928, B. 150.

(183) Cet aspect est encore souligné par le fait que l'article 463 C.P.P. renvoie aux dispositions concernant les commissions rogatoires.

CONCLUSION.

467. — L'acte d'instruction ne peut se définir à l'aide du seul critère objectif de l'acte qui tend à la manifestation de la vérité. Ce seul critère aboutirait à inclure dans la notion d'acte d'instruction tous les actes effectués tant par le ministère public que par la police judiciaire. Or, précisément, la jurisprudence n'a pas admis que le procureur de la République puisse accomplir de tels actes. Chaque fois qu'un autre attributaire des pouvoirs était désigné, la qualification d'actes d'instruction était rejetée. Cependant, toute fonction n'était pas déniée à ces actes : utiles à la procédure, nécessaires même pour éclairer certains points délicats du débat, le statut de renseignements leur a été accordé.

Pour servir d'éléments de preuve, ces actes n'ont pas soulevé de difficultés particulières, puisqu'en matière pénale domine le principe de l'intime conviction. Le juge pénal n'a pas à établir de différence entre ces documents et ceux de l'instruction régulière : il suffit que la décision soit assise sur des éléments de preuve soumis à la libre contradiction des parties. En revanche, un problème délicat s'est présenté pour connaître la valeur de ces actes du point de vue de l'interruption de la prescription.

Abusée par une terminologie identique, la Cour de cassation a tout d'abord considéré qu'elle était en présence d'actes d'instruction (1). Par la suite, elle ne se prononça pas aussi ouvertement, en considérant qu'il s'agissait d'actes interruptifs de la prescription au sens des articles 637 et 638 C.I.C. (art. 7 à 9 C.P.P.) (2). Mais deux arrêts récents ont nettement pris parti sur le caractère « acte de poursuite » de ces actes effectués au nom ou pour le compte du ministère public (3).

(1) Ainsi le 15-4-1937 et le 11-2-1938 ; S. 1938.I.23, note Hugueney.

(2) Crim., 18-10-1954, B. 292.

(3) Crim., 31-3-1960, J.C.P. 1960.II.11636, note Larguier ; Crim., 7-3-1961, B. 142.

En d'autres termes, le critère matériel est insuffisant pour déterminer l'acte d'instruction. Il convient d'y adjoindre un élément subjectif tenant à la qualité de l'auteur de l'acte.

468. — L'acte d'instruction est un acte tendant à la manifestation de la vérité et accompli par un juge. Mais, tout juge n'est pas susceptible d'en accomplir. En un sens large, le mot juge peut englober les magistrats du ministère public. Or, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, ces magistrats n'effectuaient véritablement des actes d'instruction que dans l'hypothèse du flagrant délit (4). Pour pouvoir accomplir des actes d'instruction, le juge doit, en outre, posséder soit des attributions juridictionnelles, soit une aptitude à un pouvoir juridictionnel.

Tel est le cas du juge d'instruction régulièrement saisi à la suite d'un réquisitoire introductif d'instance ou d'une plainte assortie d'une constitution de partie civile. Il en est de même pour les magistrats qui font ou feront partie d'une juridiction de jugement (ainsi, le président de la cour d'assises, ou le magistrat délégué par une juridiction de jugement).

469. — Ainsi, le moment auquel intervient un acte de recherche semble constituer un élément essentiel pour la reconnaissance d'un acte d'instruction (5). Selon que la justice est ou non saisie, l'officier de police judiciaire est tenu d'observer des règles différentes et accomplit de ce fait des actes de nature distincte. L'article 14 du C.P.P. révèle cette situation en précisant le rôle de la police judiciaire suivant que l'information est ou non ouverte.

A notre sens, ce n'est pas tellement le moment qu'il faut prendre en considération que l'autorité de justice saisie. Si le moment était déterminant il suffirait alors qu'une information soit ouverte en un lieu pour que tous les actes s'y rattachant d'une manière ou d'une autre soient des actes d'instruction. Il en serait ainsi des actes d'une enquête préliminaire ou même des actes effectués par le préfet dans l'utilisation des pouvoirs de l'article 30 C.P.P. Il serait, pour le moins, curieux qu'un même acte accompli à des époques différentes présente une nature juridique différente.

En réalité, pour devenir des actes d'instruction, les actes de la police judiciaire doivent être accomplis en vertu d'un titre juridique démontrant la saisine des autorités judiciaires légalement compétentes (6). De cette manière, le ministère public ne peut accomplir

(4) On a pu parler alors des pouvoirs d'instruction du procureur de la République (ainsi, M. CATHERINE, Thèse, Paris, 1956).

(5) Ainsi FREJAVILLE et SOYER, Manuel de droit criminel, n° 357 ; M. STEFANI, in « L'acte d'instruction », n°s 14 et 15, Mélanges Hugueney, p. 135 et ss. considère que l'acte d'instruction se distingue de l'acte de police par le moment auquel il est effectué. Voir aussi, Crim., 27-7-1964 ; J.C.P. 1964.II.13941, note Le Clère.

(6) Cf. Crim., 24-7-1961, Bull. Crim., 1961, n° 353, p. 676.

de tels actes en s'attribuant des prérogatives confiées par la loi à un magistrat indépendant (7), quand bien même les formes des actes seraient observées (8).

En définitive, sous le couvert du moment, il convient de considérer le magistrat légalement investi des pouvoirs d'instruction. Dans ce cas uniquement, les actes effectués constitueront de véritables actes d'instruction si, du moins, les formes prévues sont observées (9).

470. — Toutefois, l'exécution matérielle d'un acte d'instruction ne doit pas obligatoirement être l'œuvre d'un juge. La qualification d'actes d'instruction s'applique aussi aux actes accomplis sur commission rogatoire par la police judiciaire. Dans cette hypothèse, en effet, la personne déléguée n'agit pas personnellement pour son compte. Elle remplace le juge; elle fait l'acte au nom du juge et en observant les différentes règles auxquelles le juge aurait été soumis (art. 152 al. 1 C.P.P.) (10). La commission rogatoire constitue le titre manifestant la saisine régulière d'un magistrat.

Ce dernier, d'ailleurs, au reçu des actes exécutés, doit exercer un contrôle sur ces actes qui sont censés avoir été accomplis par lui (art. 81 al. 5 C.P.P.). S'il ne les modifie pas, il les avalise et les reconnaît comme actes d'instruction. Mais, surtout, la décision de procéder à tel ou tel acte émane nécessairement d'un juge régulièrement saisi, lequel définit et circonscrit la mission de la personne déléguée.

471. — En ce qui concerne les actes effectués dans le cadre du flagrant délit, il n'est pas possible de les considérer comme des actes d'instruction, même lorsqu'ils sont accomplis par un juge d'instruction. En effet, ce dernier ne dispose pas de la totalité de ses attributions, il n'a que la possibilité de prendre des mesures urgentes dues à l'état de flagrance. Il n'a reçu aucune saisine légale de la part des parties et c'est la raison pour laquelle, n'ayant pas d'attributions juridictionnelles, ni d'aptitude à un pouvoir juridictionnel *de plano*, le juge d'instruction ne peut véritablement accomplir des actes d'instruction.

(7) La Cour de cassation n'admet pas que le ministère public accomplisse des actes s'apparentant à des actes d'information. Voir ainsi Crim., 21-8-1961, B. 362. Voir aussi l'empiètement du ministère public sur les pouvoirs du président des assises. *Supra*, n° 412.

(8) La prestation de serment ne peut conférer à un acte le caractère d'un acte d'instruction s'il a été accompli par un magistrat incompétent. Ainsi Crim., 17-8-1878 ; S. 1879.I.41.

(9) La Cour de cassation a, en effet, considéré que les actes effectués par un juge d'instruction en dehors des formes légales étaient seulement de simples renseignements : Crim., 24-10-1889, B. 319 ; Crim., 17-2-1953, B. 57 ; Crim., 15-6-1961, B. 302. Ces actes ne pourraient interrompre la prescription. Ainsi Crim., 24-11-1955, B. 520.

(10) M. STEFANI in « L'acte d'instruction », n° 16, montre, à cet égard, que l'acte accompli par la police judiciaire, lorsque la justice est saisie, possède de nombreuses garanties.

Il en exécutera à partir du moment où l'une des deux parties l'aura saisi, et il agira alors selon les conditions prévues au chapitre « Des juridictions d'instruction ». Bien que le Code de procédure pénale ait prévu uniquement la saisine du juge d'instruction par le ministère public, lorsque tous deux sont présents sur les lieux (art. 72 al. 5 C.P.P.), il semble que la victime dispose de la faculté de saisir le juge d'instruction en lui remettant sa plainte assortie d'une constitution de partie civile sur les lieux mêmes où vient d'être réalisée une infraction.

472. — En réalité, la notion d'acte d'instruction a subi une modification depuis la rédaction du C.I.C. En 1808, le juge d'instruction était chargé de préparer le dossier d'une affaire et il n'avait que cette mission. Il constituait véritablement un organe de recherches. Il était, alors, permis de considérer tous les actes de recherche de la preuve exécutés par une personne légalement compétente comme d'authentiques actes d'instruction. Ainsi le ministère public et les officiers de police judiciaire accomplissaient des actes d'instruction dans l'hypothèse d'une infraction flagrante, à l'égal du juge d'instruction. Une attitude identique est manifestée par les arrêts de la Cour de cassation de 1937 et de 1938, relatifs aux actes de l'enquête officieuse. La chambre criminelle prend le soin de rappeler les textes législatifs accordant des attributions particulières aux membres de la police judiciaire.

Parallèlement, la notion d'acte d'instruction était influencée par les différentes réformes modifiant les règles de l'instruction préparatoire. La loi du 17 juillet 1856, en conférant des attributions juridictionnelles au magistrat, a tendu à considérer l'acte d'instruction comme émanant d'une juridiction. Le Code de procédure pénale, et les ordonnances qui l'ont modifié, a réalisé l'unité en prévoyant que tout magistrat chargé d'une instruction préalable, supplémentaire ou complémentaire, devait observer les mêmes règles. En même temps, était ébauché le statut des actes de la police judiciaire.

473. — A la différence des actes d'un juge, ceux de la police judiciaire se présentent essentiellement comme n'étant pas des actes d'autorité et comme des actes soumis à un formalisme peu exigeant. Leur force principale provient du libre concours des citoyens, ils ne peuvent être imposés par la contrainte. De plus, aucune règle stricte n'entoure l'exercice de ces attributions. Il n'est, pour s'en convaincre, que d'examiner le caractère souple de la procédure.

Dans ces conditions, l'acte de police judiciaire, répondant essentiellement aux impératifs de la réaction sociale, a pu être admis comme un acte de poursuite. En revanche, pour rétablir l'équilibre des forces et garantir les droits de l'individu, l'acte de recherche de la vérité, accompli par un organe de justice, revêt l'aspect d'un acte d'instruction.

Ayant la même finalité, il est normal qu'ils possèdent tous deux le même effet interruptif de la prescription. Seul, leur régime le différencie. En sorte qu'il serait permis d'affirmer qu'un acte d'instruction n'est, en définitive, qu'un acte de poursuite assorti de garanties

DEUXIEME PARTIE

LES GARANTIES DE L'ACTE D'INSTRUCTION

474. — Le terme « acte d'instruction » fait toujours songer à un acte accompli par un juge. Telle était déjà la situation sous l'ancien régime. La procédure pénale avait véritablement trouvé sa meilleure expression dans la grande ordonnance criminelle de 1670. La condamnation d'un individu ne pouvait intervenir qu'une fois un certain nombre de preuves réuni, la reine des preuves étant l'aveu. Aussi, la législation renfermait-elle de nombreux conseils pour arriver à obtenir cet élément décisif. Au rang de ces moyens, figurait la torture, qualifiée à juste titre par A. Esmein « d'odieux procédé ». Quand l'aveu n'était pas obtenu, il était nécessaire de réunir plusieurs indices pour pouvoir condamner. L'instruction était menée directement par le juge chargé de prononcer la peine, il n'y avait pas de procédure préparatoire.

475. — Avec la révolution, les principes de la procédure criminelle se trouvèrent renversés. D'inquisitoire, la procédure devint accusatoire. D'autre part, la justice était confiée à des magistrats recrutés par l'élection. Les premiers éléments de l'information étaient réunis par le juge de paix, officier de police judiciaire, lequel pouvait agir d'office, en cas de flagrant délit, ou à la requête d'un citoyen qui lui aurait adressé une plainte ou effectué une dénonciation civique (1).

(1) A. ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France », pp. 420 et 421.

Le directeur du jury, magistrat choisi parmi les juges du tribunal de district, procédait alors à l'instruction de l'affaire. Il examinait la procédure sommaire menée par le juge de paix et accomplissait les différents interrogatoires qui lui apparaissaient nécessaires. Tout ceci était destiné à savoir s'il fallait retenir l'accusation ou non. Si l'accusation n'était pas fondée, le tribunal de district était saisi afin d'arrêter les poursuites. Dans l'hypothèse inverse, l'information était continuée.

L'influence de la procédure accusatoire, de type anglo-saxon, se manifestait ici. Si la procédure avait été conduite en vertu de l'office du juge, le directeur du jury dressait l'acte d'accusation. Si la procédure provenait d'une plainte ou d'une dénonciation civique, son auteur participait à la rédaction de cet acte d'accusation. Le jury d'accusation statuait ensuite, après des débats oraux (les témoins, le plaignant et le dénonciateur étaient entendus). L'affaire était alors portée devant le tribunal criminel, composé d'un président, de trois juges et d'un jury. Ce dernier statuait seul sur le fait, tandis que les magistrats déterminaient la peine. Le président du tribunal criminel devait procéder, préalablement, à l'interrogatoire de l'accusé (2) et pouvait continuer la réunion des éléments de l'information. Mais les documents écrits ne devaient être ni lus ni remis aux jurés (3).

Ainsi, à la procédure totalement secrète de l'ancien régime, nécessaire pour fonder le jugement, succédait une procédure où dominait l'oralité des débats. Cette nouvelle législation fut assez bien accueillie. Des critiques mineures étaient adressées, notamment sur le point de savoir si la suppression du ministère public ne générerait pas gravement le déroulement de la justice, ou relativement aux officiers de police (les juges de paix). Cependant, en deux domaines des discussions s'étaient présentées. Puisque la procédure est orale, certains prétendirent que la condamnation se fera « de confiance, sur un simple aperçu ». De plus, supprimer la théorie des preuves légales amènerait à prendre en considération des éléments conjecturaux. Mais l'on se rendit compte de la contradiction qui existait entre les principes anciens de la procédure et la nouvelle réglementation, aussi toute survivance du passé fut-elle prohibée (4).

476. — La Convention voulut améliorer la procédure, en envisageant une œuvre plus complète englobant les délits et les contraventions. Cette charge fut confiée à Merlin. Connue sous la dénomination de « Code des délits et des peines », de brumaire An IV, ce code était trop savant pour que les jurés puissent l'utiliser commodément. A nouveau, réapparaît la distinction de l'action publique et de l'action

(2) Cette disposition devait être reprise dans le C.I.C. (art. 293), ainsi que dans le C.P.P. (art. 272).

(3) « Ces nouvelles dépositions, ainsi que les anciennes, seront toutes remises au président pour servir de renseignements seulement » (2^e partie de la loi de 1791, Titre VI, art. 11 et 12).

(4) A. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 434 et 435.

privée. Cette dernière conserve une place de choix, mais l'action à fin pénale n'appartient qu'au peuple et aux fonctionnaires qu'il choisit.

Dans cette constatation réside le germe de la reconstitution du ministère public. Le juge de paix commence toujours la procédure, en qualité de principal officier de police judiciaire. L'instruction est précisée et mieux ordonnée que précédemment. Les dépositions des témoins sont consignées par écrit sur un cahier, comme il était d'usage sous l'empire de l'ordonnance de 1670. La procédure était ensuite communiquée au directeur du jury qui poursuivait l'instruction et décidait du renvoi, soit devant le tribunal de police correctionnelle, soit devant le jury d'accusation.

Le directeur du jury préfigure déjà le juge d'instruction : il mène l'information, décide de la liberté provisoire et statue sur la suite à accorder à l'affaire. Cependant, c'est un juge du tribunal. Avec l'aide de la partie privée, il dresse l'acte d'accusation. Si la procédure menée devant le jury d'accusation n'a pas subi de modifications, il est toutefois à noter l'incidence plus grande de la procédure écrite. Après l'audition des témoins, le jury d'accusation vérifiait la régularité de la procédure. Si une nullité était découverte, le tribunal ordonnait de reprendre les choses à partir du plus ancien acte nul. Ainsi, la procédure écrite et préparatoire est destinée à exercer un rôle en vue du prononcé d'une condamnation. Mais l'instruction écrite sert aussi à l'accusé qui pourra préparer utilement sa défense, en sorte que l'instruction manifeste, dès cette époque, des caractéristiques qui ont été accentuées par la suite (5).

477. — La Constitution du 22 frimaire An VIII réunit sur la même personne les attributions d'accusateur public et celles de commissaire du pouvoir exécutif. Ainsi le ministère public se trouve reconstitué en tant qu'organe. Il restait à lui donner la charge de la poursuite et d'instituer à son côté une fonction d'instruction.

La loi du 7 pluviôse an IX réalisa ces modifications. Les substitués du commissaire du gouvernement, véritables procureurs de la République, nommés par le Premier consul et révocables à volonté, sont chargés non seulement de la recherche mais également de la poursuite de tous les délits et de tous les crimes. Un certain empiètement existait sur les pouvoirs du magistrat instructeur, car le ministère public pouvait ordonner une mise en détention provisoire, pour vingt-quatre heures, au moyen d'un mandat de dépôt (6).

(5) Cette époque fut trop troublée pour que ce Code permit d'assurer une parfaite répression. « Il ne paraît pas avoir été un instrument bien efficace de défense sociale », affirme GARRAUD (« Traité théorique et pratique d'instruction criminelle », Tome I, n° 54, p. 84).

(6) Le mandat de dépôt était, à l'origine, un mandat provisoire confié au ministère public. Il est devenu, actuellement, un mandat de mise en détention pour une durée de quatre mois. Ce mandat provisoire de l'An IX équivaut à une mesure de garde à vue réglementée dans le cadre de l'enquête préliminaire. C'est un moyen de faciliter les recherches.

En fait, l'on était revenu aux principes de l'ancienne jurisprudence : le ministère public requiert et le magistrat instructeur décide et instruit. La procédure secrète reparait alors dans l'instruction. Le jury d'accusation n'entendait plus les témoins mais statuait au vu des pièces préalablement réunies.

A la vérité, ce mode de procéder a été le plus critiqué, car il rappelait trop les formes oppressives de la monarchie. Le jury est apparu trop faible pour lutter contre le développement de la criminalité. En raison de son caractère politique, il était plutôt terrible à l'innocent tandis qu'il sauvegardait les brigands. Aussi lui retira-t-on la connaissance de certains procès pour les confier à des tribunaux criminels spéciaux (la loi du 18 pluviôse An IX régularisa les diverses commissions militaires spéciales déjà instituées auparavant) (7).

478. — Le Premier consul, dans le dessein de reconstruire les assises sociales de la France s'attacha à une œuvre générale de codification comprenant aussi le droit pénal et la procédure pénale. Un projet de Code criminel fut préparé et soumis aux différentes juridictions. Dans l'ensemble, les corps judiciaires manifestèrent un attachement profond aux principes de l'ancien régime. En dehors de l'hostilité au jury, qu'il ne convient pas d'examiner ici, on estime qu'il faut revenir à une procédure préparatoire analogue à celle de l'ordonnance de 1670, amputée de certains excès, comme le manque de publicité des débats et l'absence de conseils aux accusés.

Au cours de la discussion, on se détermina pour une procédure écrite : les débats s'ouvriraient par la lecture de la procédure faite par le magistrat de sûreté (ministère public) et le directeur du jury (juge d'instruction). Les conseils pourraient alors présenter leurs observations. Napoléon adopta l'idée de mettre sous les yeux des jurés la copie de l'information menée ; toutefois, il estime que l'enquête de police ne doit pas être communiquée. « La police, en effet, instruit surtout en vue de découvrir tous les coupables et toutes les circonstances du crime, aussi doit-elle se faire insidieuse, tandis que le juge d'instruction n'a d'autre vue que d'arriver à la vérité des faits » (8).

Les travaux préparatoires attestent que la principale question débattue se réfère au jury. Les partisans de sa suppression encourageaient le reproche qu'un corps de magistrats spécialisés risquerait de mettre fin à l'oralité et à la publicité des débats. A la reprise des travaux, on insista également sur la nécessité des débats oraux.

479. — L'armature essentielle du C.I.C. réside dans le retour à la tradition de l'ancien régime, retour préparé par la loi du 7 pluviôse An IX. Au stade préparatoire, on distingue deux fonctions : la poursuite et l'instruction. On affirme que « ce système de l'ancien régime

(7) Il est curieux de noter la permanence de cette idée qu'en cas de troubles il convient de confier la justice aux tribunaux militaires.

(8) LOCRÉ, Tome XXIV, pp. 56 et 57.

donnait aussi plus de garanties aux prévenus » (9). Le ministère public est toujours présenté comme l'agent du pouvoir, l'officier révocable qui accuse sans pitié. Aussi, l'instruction ne lui est pas confiée, sauf dans l'hypothèse du flagrant délit où il peut effectuer les actes d'instruction urgents.

L'instruction, cependant, est menée secrètement. L'audition des témoins a lieu dans le cabinet du juge, selon un rite puisé dans l'ordonnance de 1670, et l'inculpé n'y a aucune part. Des éléments de garanties se dessinent : les perquisitions et les saisies doivent se dérouler en présence de l'inculpé, ou d'un fondé de pouvoir s'il n'a pas été arrêté. Les objets lui sont présentés pour qu'il les reconnaisse et les paraphe. Il a ainsi la faculté de faire toutes observations utiles à sa défense. Si l'expertise est un acte peu réglementé, il n'en est pas moins imposé aux experts de prêter le serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience.

Tels sont les seuls éléments objectifs de garantie que reconnaît le Code d'instruction criminelle. Cela est d'autant plus étonnant qu'au stade du jugement, un processus inverse est réalisé. Toute la procédure menée secrètement va être communiquée au prévenu ou à l'accusé pour qu'il puisse la discuter. L'oralité et la contradiction sont les deux caractères essentiels de cette phase.

480. — Tout l'effort législatif va tendre, dès lors, à faire introduire au stade de l'instruction préparatoire certains éléments de la procédure définitive, car c'était vraiment la partie la plus critiquable du Code d'instruction criminelle.

Déjà, la jurisprudence avait tenté d'élargir les prévisions du code : elle avait admis le recours de l'inculpé contre certaines ordonnances du juge ou de la chambre du conseil, devant la chambre d'accusation, en l'absence de toute disposition légale. D'autre part, le droit d'appel du ministère public fut reconnu au motif qu'« en matière criminelle, l'appel est de droit ». Le procureur général Merlin lutta en faveur de cette thèse ; en revanche, il refusa d'accorder à l'inculpé un droit aussi étendu lorsqu'il est renvoyé devant une juridiction de jugement (10).

Une certaine contradiction pouvait être admise au cours de l'instruction préparatoire, mais les réformes essentielles devaient émaner de la voie législative.

La loi du 17 juillet 1856 supprima les fonctions juridictionnelles de la chambre du conseil pour les attribuer au magistrat-instructeur. Ce dernier devenait pleinement un juge d'instruction. Le droit d'appel des différentes parties est consacré selon les directives dégagées par la Cour de cassation. La matière de la détention préventive est également modifiée : le juge a la possibilité d'ordonner la main-levée d'un mandat de dépôt (art. 94 provenant de la loi du 4 avril 1855). L'instruction manifeste un aspect différent : il sera possible de deman-

(9) DEFERMON, cité par A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 529.

(10) Voir. Cass. Crim., 30-12-1813 ; Sirey chronologique.

der à la juridiction supérieure d'exercer un contrôle sur les détentions, afin d'éviter tout excès ou tout arbitraire.

Surtout, l'effort de renouvellement de la procédure préparatoire s'est traduit par la préparation d'un projet de Code d'instruction criminelle, connu sous le nom de projet Dufaure. Ce projet tendait à instaurer la contradiction au sein de la procédure préparatoire. L'inculpé pourra se faire assister d'un conseil qui recevra communication de certains actes, assistera aux interrogatoires. Des voies de recours seront ouvertes contre les principales décisions du juge. De cette manière, l'exécution des actes d'instruction était assortie de garanties supplémentaires pour l'inculpé. Ce projet subit de nombreux retards dus à l'hostilité de certains membres du parlement, mais aussi des corps judiciaires (11). Finalement, certaines de ses prévisions furent votées le 8 décembre 1897.

481. — De nouvelles garanties sont apportées. Si l'instruction demeure secrète, l'inculpé a néanmoins la possibilité de connaître les éléments du dossier par l'intermédiaire de son conseil. Certains actes seront assurés d'une plus grande régularité, en raison de la présence d'un défenseur. Cet effort en vue d'accroître les garanties s'est poursuivi. En 1921, la partie civile a eu accès au dossier de la procédure par l'intermédiaire de son conseil. Puis les commissions rogatoires sont réglementées pour préserver les libertés individuelles. Après une période très restrictive, la loi du 25 mars 1935 tempère les excès car, à trop vouloir garantir l'inculpé, la répression finissait par perdre toute efficacité. On insiste désormais sur la garantie émanant de l'auteur de l'acte.

Après la mise en chantier d'un nouveau projet de Code, sous la direction de Paul Matter, une période de troubles nécessita des mesures exceptionnelles, qui modifièrent les garanties offertes par la législation antérieure.

Ces dispositions temporaires furent abolies dès la cessation des hostilités, et une nouvelle commission fut chargée de préparer une refonte du Code d'instruction criminelle sous la direction du professeur Donnedieu de Vabres. Voulant « mettre le droit en accord avec les faits », ce projet supprimait purement et simplement la distinction de base des autorités de poursuite et d'instruction. Faire des actes d'instruction devenait l'apanage du procureur de la République, sous les ordres de qui était placée la police judiciaire. Les attributions juridictionnelles, comme le pouvoir de statuer sur les incidents, étaient confiées à un nouveau magistrat : le juge de l'instruction (12).

(11) La Cour de cassation, notamment, ne fut pas favorable à ce projet. Voir le rapport du conseiller FALCIMAIGNE.

(12) Voir DONNEDIEU de VABRES, « Projet de Code d'instruction criminelle », *Rev. de Sc. crim.*, 1949, pp. 433, 617 et 796 ; « La réforme de l'instruction préparatoire », *Rev. de Sc. crim.*, 1949, p. 499, ARNAL - DONNEDIEU de VABRES, « Le projet de Code d'instruction criminelle », Thèse, Paris, 1952.

Devant l'hostilité de l'Université, une nouvelle commission fut constituée sous la présidence du procureur général Besson. Le nouveau projet eut des ambitions limitées. Il s'attacha principalement à mettre plus de cohérence et de logique, tout en demeurant fidèle à la pratique judiciaire. Aussi, l'instruction préparatoire demeure telle qu'elle était pratiquée depuis la loi de 1897 dont les dispositions sont mieux assimilées (13). C'est ce projet qui fournit la base des dispositions actuelles du Code de procédure pénale.

De toute cette évolution, se dégage une même idée : celle d'assurer des garanties à l'inculpé. Cette nécessité, d'ailleurs, résulte des principes généraux admis en 1789 qui font présumer innocente toute personne poursuivie. Ce principe demande des modalités d'application qui se trouvent précisément réalisées au cours de la procédure d'instruction.

482. — Les différentes garanties reconnues à l'inculpé, à ce stade, peuvent être groupées en deux catégories.

D'une part, l'instruction n'est pas confiée à n'importe quelle personne. La loi a donné cette attribution à un magistrat spécialement affecté à cette fonction. Cette charge n'incombe pas à la partie lésée, pas plus qu'elle n'est reconnue au ministère public. Les réactions suscitées par le projet Donnedieu de Vabres démontrent l'opposition de l'opinion publique à la suppression de cette fonction. Malgré la présence de procédures souples, l'instruction est obligatoire et à deux degrés pour les infractions les plus graves.

D'autre part, l'exécution des actes n'est pas abandonnée à l'arbitraire du juge. Celui-ci doit se soumettre à la procédure particulière adaptée à l'hypothèse envisagée. Une réglementation minutieuse doit être observée, à peine de nullité dans certains cas. Ainsi, à la garantie émanant de l'auteur de l'acte, s'ajoute celle provenant des règles d'exécution des actes.

Cette deuxième partie comprendra donc deux titres :

TITRE I : *La garantie tenant à la qualité de l'auteur de l'acte d'instruction.*

TITRE II : *Les garanties objectives de l'acte d'instruction.*

(13) Voir le rapport de M. Besson.

TITRE PREMIER

LA GARANTIE TENANT A LA QUALITE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

483. — Pour préparer le dossier de l'affaire pénale, le Code de procédure pénale se réfère à la tradition française : ce soin incombe au juge d'instruction. L'article 49 C.P.P. dispose que le juge d'instruction procède aux informations. Ces informations sont tantôt obligatoires (crimes, affaires relatives à un mineur), tantôt facultatives (délits ou contraventions) (art. 79 C.P.P.). Ainsi, ce sont des termes identiques à ceux du C.I.C. (art. 59 à 90 C.I.C.).

La fonction d'instruire a toujours été considérée comme une fonction de juge. Au-delà du C.I.C., le Code brumaire An IV l'attribuait au directeur du jury. Si le jury d'accusation était un élément mouvant, issu de l'élection, le directeur du jury était un juge du tribunal correctionnel de district. Les inconvénients de la procédure confiée à l'initiative des parties privées étaient vite apparus en sorte qu'était rétablie la procédure de l'ancien droit chargeant de cette mission le lieutenant criminel de baillage. Ce personnage, le plus important de tous dans l'arrondissement, avait à sa disposition un personnel qui lui permettait d'obtenir les renseignements nécessaires à son enquête.

Cette hiérarchie n'était plus reproduite dans le C.I.C. La police judiciaire, séparée du magistrat instructeur, était soumise à un contrôle platonique du ministère public. D'ailleurs, le juge d'instruction est officier de police judiciaire (art. 9 C.I.C.) et soumis en cette qualité, à la surveillance du procureur général (art. 57 C.I.C.).

On sait que le rattachement de la police judiciaire au procureur de la République aboutit à la pratique des enquêtes officieuses, qui,

d'une manière générale, était admise (1). Donnedieu de Vabres constatait que ces enquêtes étaient menées sans aucun pouvoir de coercition. A propos de la loi du 7 février 1933 restreignant les perquisitions et visites domiciliaires, cet auteur écrivait qu'« il n'est, d'ailleurs, nullement établi que le zèle mal éclairé de certains agents de la police judiciaire n'ait donné lieu, en pratique, à des abus » (2).

C'est la raison pour laquelle cet auteur crut bon de confier en droit la direction des informations au magistrat qui les menait en pratique. Mais toutes les attributions juridictionnelles étaient dévolues à un autre magistrat, le juge de l'instruction. Une telle manière de faire, loin de conjurer le mal, ne faisait qu'accroître son intensité.

484. — Cette confusion des pouvoirs en la personne du ministère public aurait été fort nuisible à la défense. Le procureur de la République est, en effet, l'agent du gouvernement central. Nommé par le garde des Sceaux, il est lié par la subordination hiérarchique. Il doit exécuter les ordres reçus, sous peine de sanctions (art. 33 C.P.P.). Surtout, ce magistrat ne possède pas le même statut qu'un magistrat du siège : il ne bénéficie pas de l'immovibilité (art. 64 de la Constitution du 4-10-1958, art. 4 du statut de la magistrature).

A ce système, était aussi formulé le grief que l'information appartenait à l'accusateur, puisqu'à l'audience de jugement ce même magistrat défendra et soutiendra l'accusation. Garraud, toutefois, estimait que l'évolution tendrait au retour à un système accusatoire : la police judiciaire réunissant les preuves, les produisant devant le tribunal et les soumettant à la libre discussion du prévenu (3). En France, le système accusatoire aurait des difficultés à s'acclimater en raison des traditions fortement ancrées (4). Le Code de procédure pénale a insisté sur l'indépendance du magistrat instructeur. Cette indépendance avait été souhaitée précédemment (5).

Elle se trouve réalisée dans deux directions. D'une part, la situation du juge d'instruction au sein de l'organisation judiciaire tend à lui assurer une certaine indépendance. D'autre part, cette indépendance du juge se manifeste en examinant les droits reconnus aux parties au cours de l'instance. Nous envisagerons successivement chacun de ces aspects dans les deux chapitres de ce titre.

(1) Ainsi GARRAUD, *op. cit.*, Tome II, n° 752. De même BLONDET, J.C.P., 1955. I.1233.

(2) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n° 1279, p. 739.

(3) GARRAUD, *op. cit.*, Tome II, n° 752, p. 638.

(4) On se heurterait à l'adage que nul ne peut être juge et partie. Même M^r MELLOR, qui dénonce des pratiques abusives, ne souhaite pas un retour au système accusatoire (« Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle »).

(5) Voir les Travaux de la Semaine pénale et pénitentiaire, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Tome II (1955) ; Colloque du XX^e anniversaire de la fondation de la Revue de Science criminelle, Rev. Sc. crim., 1957, p. 85.

CHAPITRE PREMIER

L'indépendance du juge d'instruction dans la hiérarchie judiciaire.

485. — Le corps judiciaire comprend tous les magistrats, quel que soit leur grade ou leur origine. Tous sont soumis au même statut déterminé par l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958. Cependant, dès l'article 1^{er} de ce statut s'amorce une différence entre les magistrats du siège et ceux du Parquet. Leur véritable distinction apparaît avec les articles 4 et 5. Les magistrats du siège sont inamovibles et ils ne peuvent être déplacés sans leur consentement (art. 4) (1). Cette disposition, d'ailleurs, ne fait que reproduire celle de l'article 64 al. 4 de la constitution du 4 octobre 1958. A l'inverse, les magistrats du Parquet ne disposent pas d'une garantie identique. L'article 5 précise, en effet, qu'« ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice ».

Ainsi apparaît nettement la fonction de l'inamovibilité : loin d'assurer au magistrat du siège un statut particulier que pourrait envier tout autre fonctionnaire ou agent public, elle est destinée principalement à assurer au justiciable une garantie de bonne justice. Quelle que soit l'opinion des dirigeants de l'Etat, ou l'opinion qu'ils

(1) Aux termes d'une décision du 28 avril 1961, prise par le chef de l'Etat, en application de l'article 16 de la Constitution, la garantie de l'inamovibilité a été suspendue pour une durée d'un an à l'encontre des magistrats servant outre-Méditerranée. Voir les critiques de cette décision dans l'organe corporatif « Le pouvoir judiciaire », juin 1961 et SOLUS et FERROT, « Droit judiciaire privé », n° 781 à 784 et 783 bis.

aimeraient voir adopter, les juges peuvent se décider en leur âme et conscience, car ils ne pourront faire l'objet d'aucune mesure de rigueur ni de sanction pour la décision qu'ils auront rendue.

486. — Parmi ces deux grandes catégories de magistrats, il importe de rechercher la place du juge d'instruction et son statut. Outre la recherche des preuves, ce magistrat doit examiner le fait criminel dans sa totalité et même procéder à des investigations relativement à la personnalité de l'auteur de l'infraction. Son rôle l'amène aussi à statuer sur la mise en prévention.

Les rapports du juge d'instruction avec la chambre d'accusation s'établissent sur une base juridictionnelle : la chambre d'accusation exerce un contrôle juridictionnel et non un pouvoir hiérarchique. Il ne lui est pas possible d'imposer au juge d'instruction l'exécution d'un acte qui lui apparaîtrait utile. Toutefois, l'indépendance du juge d'instruction ne risquera pas de tendre à l'arbitraire, puisque la juridiction d'instruction du deuxième degré examinera les actes juridictionnels.

Enfin, l'indépendance du juge d'instruction pourra se manifester d'une troisième manière, par le biais du principe de la séparation des autorités d'instruction et de jugement. En réalité, ce principe tend à assurer l'indépendance du juge de jugement. Posé d'abord en matière criminelle par l'article 257 C.I.C., la loi du 8 décembre 1897 en a étendu le champ d'application à toutes les affaires instruites par un juge d'instruction (art. 49 C.P.P.).

Nous envisagerons successivement ces trois problèmes au cours de ce chapitre : la première section sera consacrée à l'indépendance du juge d'instruction de par son statut, la seconde à l'indépendance du juge d'instruction à l'égard de la chambre d'accusation et la troisième à l'indépendance du juge d'instruction à l'égard de la juridiction de jugement.

SECTION I

L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION DE PAR SON STATUT

487. — Pour que le juge d'instruction puisse être réellement indépendant, il est nécessaire de prévoir un mode de désignation particulier. Mais ce premier aspect ne saurait être suffisant à lui seul. Plus que dans son mode de désignation, l'indépendance du magistrat résultera de l'étendue de ses pouvoirs, c'est-à-dire du contenu de la fonction d'instruction.

§ 1. — Le mode de désignation.

488. — Lors de la réorganisation judiciaire, corollaire des grandes réformes administratives de l'époque révolutionnaire et de l'Empire, il avait été prévu un juge de paix par canton, chargé du jugement des contraventions de police. A l'arrondissement siégeait le tribunal correctionnel, et c'est à ce niveau qu'était organisé le juge d'instruction. L'article 55 C.I.C. dispose à cet égard qu'« il y aura dans chaque arrondissement un juge d'instruction ». C'est d'ailleurs le minimum qui puisse exister, car si les nécessités du service l'exigent, il pourra être établi plusieurs juges d'instruction auprès du même tribunal.

La constatation qu'un juge d'instruction, au moins, est nécessaire, a été démontrée lors des essais de simplification des tribunaux. L'institution des tribunaux rattachés comprenait un juge d'instruction sur les deux magistrats délégués (2). Le développement des moyens de locomotion, une réorganisation des grands corps administratifs conduisirent naturellement à une refonte de l'organisation judiciaire.

Tel fut l'objet de l'ordonnance 58-1273 du 22 décembre 1958. En principe, le tribunal de grande instance (substitué au tribunal de première instance) a une compétence départementale. Désormais, le juge d'instruction se trouve lié au cadre départemental. Le tableau IV, placé en annexe au décret 58-1286 du 22 décembre 1958 (3) indique le nombre de magistrats chargés des fonctions d'instruction auprès de chaque tribunal. Deux questions peuvent alors se poser : dans quelle catégorie le juge d'instruction va-t-il être choisi et qui l'investira de ses fonctions ?

A. — NOMINATION (4).

489. — Le statut de la magistrature distingue deux catégories de magistrats : les uns inamovibles, les autres tenus à une subordination hiérarchique.

L'article 55 C.I.C. prévoyait que « le juge d'instruction sera choisi parmi les juges du tribunal civil » (5). Cette solution maintenue tout au long de l'existence du C.I.C., figure à l'article 50 C.P.P. : « Le juge d'instruction, choisi parmi les juges titulaires... » Ainsi, pour exercer cette mission importante, un magistrat du siège est désigné. Mais, par qui sera-t-il nommé ?

On pourrait penser que ce magistrat soit délégué à cette fonction par une ordonnance du président du tribunal, ou à la suite d'une

(2) Relativement aux diverses réformes qui se succédèrent en matière d'organisation judiciaire, consulter SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n°s 580 à 593.

(3) Modifié par le décret 59-347 du 27-2-1959 (*J.O.* du 1-3-1959).

(4) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 298 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1125 et ss.

(5) Cet article 55 est devenu l'article 56 C.I.C., à la suite de la loi du 17-7-1856.

décision de l'assemblée plénière de ce tribunal. S'agissant d'une fonction à exercer à l'intérieur du ressort de cette juridiction, ce mode de désignation réaliserait certainement l'indépendance du magistrat à l'égard de toute pression d'ordre politique, administratif ou gouvernemental, puisque le juge aura été choisi par ses pairs. Si le cadre de la juridiction elle-même avait paru trop étroit, il aurait pu être fait appel à la cour d'appel pour l'attribution de ces fonctions.

A la vérité, aucun de ces systèmes n'a été retenu à titre principal. Le Code d'instruction criminelle, issu de l'autoritarisme napoléonien, avait prévu que ce choix appartenait à l'empereur (art. 55). Ce mode de désignation a été conservé au profit du président de la République.

Au moment de la confection du Code de procédure pénale, une modification aurait pu être apportée à cette manière de procéder. Mais, aucun amendement n'a été proposé au texte de l'article 56 C.I.C., en sorte que l'article 50 al. 1 C.P.P. le reproduisait. Toutefois, une garantie était accordée : le président de la République ne peut nommer un juge d'instruction que sur la présentation du conseil de la magistrature. Par cette formalité, la nomination du juge d'instruction intervient dans des conditions très voisines de celles relatives à la désignation d'un magistrat du siège.

L'ordonnance 58-1271 du 22 décembre 1958 concernant les attributions et les fonctions du conseil supérieur de la magistrature, dispose en son article 12 que ce haut organisme proposera son avis pour la nomination des magistrats du siège (6).

Ainsi, le juge d'instruction est-il désigné selon les mêmes modalités qu'un magistrat du siège. L'ordonnance du 23 décembre 1958 (n° 58-1296) modifia la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 50 C.P.P. : « Le juge d'instruction choisi parmi les juges du tribunal est nommé... dans les formes prévues pour la nomination des magistrats du siège. »

490. — En principe, il est désigné un juge d'instruction par tribunal (7). Mais, dans l'hypothèse d'un développement imprévisible de la criminalité, il pourra être nécessaire de prévoir plusieurs juges auprès du même tribunal. Pour que la justice puisse être assurée de manière normale, et que l'opinion publique ne trouve pas la répression trop lente, l'article 50 al. 3 permet la désignation d'un autre juge d'instruction, dans les mêmes conditions que le premier (conformément à l'art. 50 al. 1). Ce nouveau magistrat exercera ses fonctions concurremment avec le premier juge. En pareille hypothèse, la répartition des dossiers sera effectuée conformément à la procédure de l'article 83 C.P.P. et il ne sera pas à craindre que le gouvernement nomme un magistrat docile à ses vues pour l'instruction de telle affaire. Au surplus, cette faculté de l'article 50 al. 3 n'est ouverte

(6) Cet avis sera fourni soit au président de la République, soit au ministre de la Justice, selon qu'il s'agira de pourvoir un poste élevé dans la hiérarchie judiciaire ou non.

(7) Le tribunal de la Seine possède 70 juges d'instruction (annexe 4 au décret 58-1286 du 22-12-1958 modifié).

qu'en cas de nécessité. Cette nécessité doit être appréciée en fonction du nombre d'affaires soumises à l'instruction, par rapport à l'activité normale d'un juge.

Un autre procédé pourrait être utilisé. Si le tribunal a besoin d'un magistrat supplémentaire, le premier président de la cour d'appel pourra déléguer un juge, par voie d'ordonnance. Délégué en vue d'une bonne administration de la justice, il pourra être affecté à l'instruction (art. 50 al. 4). A notre avis, cette solution paraît préférable à celle de l'article 50 al. 3, car c'est à l'intérieur du ressort d'une cour d'appel qu'il appartient d'assurer une bonne administration de la justice.

Dans l'hypothèse où le juge d'instruction normalement désigné serait empêché d'accomplir sa fonction (par suite d'absence, de maladie ou de congé), la loi a prévu que « le tribunal de grande instance désigne l'un des juges de ce tribunal pour le remplacer » (art. 50 al. 5 C.P.P.). De cette manière, la fonction d'instruction sera toujours pourvue d'un titulaire (8).

Ainsi, les différents modes de désignation sont prévus et utilisés par le législateur. Il est, toutefois, à regretter que parmi tous les systèmes possibles il ait choisi, à titre principal, celui qui assure le moins l'indépendance du juge à l'égard du pouvoir exécutif, car c'est uniquement en la forme que la nomination du juge d'instruction est assimilée à celle des magistrats du siège.

491. — Les règles de fond applicables à ce magistrat seront donc, en principe, celles des magistrats du Parquet. Le magistrat du siège est nommé sans aucune condition de durée. Si aucune proposition ne lui est faite, il peut demeurer au même poste. Le juge d'instruction est nommé pour une période de trois ans.

En fait, on pourrait estimer que cette précision de la durée des fonctions apporte une certaine sécurité au magistrat instructeur : ce serait l'assurance d'une inamovibilité pour cette période. L'article 55 C.I.C. semblait solliciter une telle interprétation, en mentionnant : « il pourra être continué plus longtemps ». Toutefois, la pratique n'a pas été en ce sens. Il a toujours été admis qu'il pouvait se voir retirer la charge de l'instruction avant l'expiration de ce délai (9). Dans la célèbre affaire des Chemins de fer du Sud, le juge d'instruction a été révoqué alors qu'il avait déjà commencé l'instruction de l'affaire.

Cette possibilité de mettre fin aux fonctions du juge d'instruction figure au Code de procédure pénale. L'article 50 al. 2 dispose qu'il sera mis fin à ses fonctions par un décret pris en la même forme. Il sera nécessaire de demander l'avis du conseil supérieur de la magistrature pour que le président de la République puisse signer le décret

(8) La loi a prévu, pour le fonctionnement du service de l'instruction, les règles du service public, puisque le poste doit toujours être pourvu d'un titulaire. La dernière disposition de l'article 50 C.P.P. sera certainement d'une application plus fréquente que les autres, étant donné sa souplesse.

(9) MARQUSET, Rép. Dalloz, V° Juge d'instruction, n° 6.

mettant fin aux fonctions du juge d'instruction. Mais cela est insuffisant. En effet, l'avis du conseil supérieur de la magistrature est un simple avis dont le président de la République pourra ne tenir aucun compte si le garde des Sceaux estime la mesure nécessaire.

Si des efforts ont été accomplis pour assurer au juge d'instruction une certaine indépendance, surtout depuis les décrets du 20 février 1934 et du 10 janvier 1935 (10), il convient de remarquer qu'ils sont loin d'être satisfaisants. D'une part, il serait à souhaiter la suppression de la faculté de révocation (art. 50 al. 2 C.P.P.), car il n'est pas admissible que le juge d'instruction, choisi parmi les magistrats du siège, soit soumis aux caprices du pouvoir exécutif. D'autre part, il faudrait reconnaître l'inamovibilité à ce magistrat. M. Henry, après les premières ébauches d'une garantie, estimait qu'il fallait aller plus loin et « faire du juge d'instruction un magistrat entièrement inamovible, permanent et spécialisé » (11).

492. — A défaut de reconnaître l'inamovibilité pour ce magistrat, un palliatif pourrait être adopté, qui profiterait à tous les magistrats du siège. Au lieu de confier la nomination de ces magistrats au président la République, il serait nécessaire d'accorder un rôle plus important au conseil supérieur de la magistrature. L'avis qu'il doit fournir, au lieu d'être facultatif, devrait être conforme. Cette situation était consacrée par le texte relatif aux attributions de ce conseil en 1946. La première rédaction de l'article 50 C.P.P. se référait à cette fonction en précisant que le président de la République nomme le juge d'instruction sur proposition du conseil supérieur de la magistrature.

Seule, une telle procédure est capable d'apporter une garantie au juge, contre une décision arbitraire du pouvoir exécutif. Il faut noter, à cet égard, que dans l'hypothèse d'une révocation d'un juge d'instruction, ce dernier ne dispose d'aucune des procédures prévues en matière disciplinaire pour les magistrats du siège ou du Parquet. Sur ce point, la législation actuelle demande une modification en vue d'assurer une meilleure indépendance du juge d'instruction.

Une fois le délai de trois ans écoulé, le juge d'instruction pourra être renouvelé dans ses fonctions (art. 50 al. 1 C.P.P., reproduisant la solution de l'art. 55 C.I.C.). La pratique révèle que très souvent les magistrats instructeurs sont renouvelés plusieurs fois. Notamment, au tribunal de grande instance de la Seine, les juges d'instruction continuent leurs fonctions. Au lieu de prévoir ces échéances successives, il serait préférable d'instituer une fonction permanente (12).

En réalité, cette dernière proposition est éminemment liée à la place qu'occupe le juge d'instruction dans la hiérarchie judiciaire.

(10) Ces décrets ont instauré pour la première fois une mission identique à celle assurée par le Conseil supérieur de la Magistrature.

(11) A. HENRY, *chron. D.H.* 1935.73, « La réforme du statut du juge d'instruction ».

(12) Il appartiendrait uniquement au juge de demander la cessation de ses attributions d'instruction.

B. — LA SITUATION DU JUGE D'INSTRUCTION
DANS LA HIÉRARCHIE JUDICIAIRE.

493. — Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, les fonctions de magistrat instructeur ont été souvent confiées à de jeunes suppléants inexpérimentés. Cela provenait du fait que la multitude des tribunaux aboutissait à laisser vacants de nombreux postes, les magistrats anciens préférant se rapprocher des grands centres en raison de leurs charges familiales. L'article 56 C.I.C. permettait de choisir les juges d'instruction parmi les juges suppléants, et il a été fait un grand usage de cette faculté. On ne manqua pas de critiquer ce système, car les magistrats pouvaient avoir des affaires délicates, et la présence de grands et brillants avocats, « véritables ténors du barreau », pouvait dérouter le jeune magistrat.

La première rédaction du Code de procédure pénale apportait, sur ce point, une importante modification en prévoyant le choix du juge d'instruction uniquement parmi les juges titulaires. Il ne sera plus possible de revenir sur cette acquisition, puisque le cadre des juges suppléants a été supprimé. La réforme du statut de la magistrature aura eu le mérite de porter remède à ce grave défaut. Désormais, le candidat aux fonctions de la magistrature n'est plus désigné à un poste immédiatement après l'admission au concours. Il devra suivre un enseignement à la fois théorique et pratique, dispensé par le Centre national d'études judiciaires (13).

Cependant, si l'on examine la hiérarchie des magistrats telle qu'elle résulte du décret 58-1277 du 22 décembre 1958, portant règlement d'administration publique pour l'application du statut de la magistrature, il est étonnant de constater que le juge d'instruction figure au premier groupe du deuxième grade. En d'autres termes, le juge d'instruction est au même rang qu'un substitut du procureur de la République ou qu'un juge.

Il est choquant de constater que cette même fonction, exercée à Paris, est classée au deuxième groupe du deuxième grade. Cette situation résulte de l'assimilation du juge d'instruction aux autres juges du tribunal. A notre avis, si une telle distinction peut trouver sa raison d'être en ce qui concerne les affaires civiles (14), elle n'est pas justifiée en matière pénale, surtout en matière d'instruction.

Les mêmes difficultés se présenteront au juge pour instruire une affaire à Paris ou à Brive. De plus, une spécialisation devrait être effectuée. L'institution du Centre national d'études judiciaires pour-

(13) L'Etat a voulu que ses magistrats reçoivent une formation très complète, inspirée de celle destinée aux futurs grands commis de l'Etat. Voir MIMIN, « Le noviciat de la magistrature », D. 1946, ch. p. 29 ; PATUREAU et LEMONTEY, « Le Centre national d'études judiciaires », D. 1961, chron. p. 49.

(14) Les dossiers civils risquent d'être plus délicats en raison des intérêts plus grands qui se trouvent groupés dans la région parisienne, ou par suite du jeu des clauses attributives de juridiction.

rait faciliter cette formation. Les auditeurs de justice sont soumis à des stages, tant au Parquet que dans les cabinets d'instruction. Il est à souhaiter que cette première initiation incite les futurs magistrats à prendre à cœur cette fonction.

494. — Il faudrait aussi agir sur l'état d'esprit qui tend à considérer l'instruction comme une charge à confier au plus jeune magistrat. Ce résultat ne pourra être obtenu que si l'on a soin d'assurer au juge d'instruction une carrière. Déjà M. Henry préconisait la spécialisation des juges instructeurs. En outre, présentant le projet de l'Amicale de la magistrature, il reconnaissait la nécessité de leur fournir « un avancement légitime » leur permettant de devenir vice-président d'un tribunal tout en continuant l'exercice de leurs fonctions (15).

Actuellement, selon la nouvelle hiérarchie des magistrats, un juge d'instruction de province bénéficiera d'un avancement s'il est nommé juge d'instruction au tribunal de la Seine. Mais une telle possibilité est assez limitée. Le projet de Donnedieu de Vabres présentait, à cet égard, un certain mérite. L'institution du juge de l'instruction avait posé la question de savoir quel rang occuperait ce magistrat. Il ne paraissait pas possible qu'un juge de degré inférieur puisse contrôler le procureur de la République. Confier ce rôle au président du tribunal, cela amènerait à l'écarter du jugement des affaires les plus importantes. Comme, parallèlement, il n'était pas question de modifier l'organisation judiciaire ou la hiérarchie des magistrats, ce problème avait laissé perplexes de nombreux commentateurs (16).

495. — Ces réflexions critiques nous paraissent intéressantes parce que, conjuguées aux remarques de M. Henry, elle nous permettent de faire quelques suggestions. En effet, M. Henry indique qu'il serait assez favorable à la création de deux catégories de juges d'instruction : les juges titulaires et les juges suppléants ou substituts. Seuls les premiers auraient le pouvoir juridictionnel tandis que les seconds procéderaient aux divers actes de l'instruction sous le contrôle et la direction du juge titulaire chargé de statuer définitivement.

Notre proposition se résumerait à ceci : il y aurait dans chaque tribunal un juge d'instruction titulaire, considéré comme l'égal du procureur de la République et du président du tribunal. Sous sa direction, des substituts procéderaient à la mise en état des dossiers. Cette situation peut, d'ailleurs, être plus facilement suggérée actuellement puisque, à la suite de la nouvelle organisation judiciaire, la plupart des juridictions méritent de posséder un bon magistrat instructeur (17).

(15) HENRY, « La réforme du statut du juge d'instruction, D.H. 1935, chron., p. 73.

(16) Voir notamment ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES, Thèse, Paris, 1952.

(17) Avec la situation antérieure, une telle réforme eût paru trop coûteuse et surtout injustifiée.

En ce qui concerne le tribunal de la Seine, il faudrait modifier l'institution des premiers juges d'instruction, en les assistant de plusieurs juges d'instruction et de substituts. Ces derniers effectueraient les actes de recherche, les auditions de témoins, désigneraient les experts et enverraient des commissions rogatoires. Dans un tel système, le juge d'instruction titulaire accomplirait les interrogatoires des inculpés, actes très délicats demandant beaucoup de soins. Ces juges d'instruction auraient rang de vice-président du tribunal de la Seine, et le doyen des juges d'instruction serait placé à l'égal du président du tribunal et du procureur de la République. De cette manière, l'on comprendrait pourquoi la partie civile peut directement se constituer devant le doyen des juges d'instruction (18). La fonction de l'instruction se trouverait revalorisée, et placée à l'égal des autres fonctions de poursuite et de jugement. Le juge d'instruction ne serait plus le magistrat qui reçoit des « conseils » ; il pourrait mener à bien sa tâche, dans une indépendance véritable (19). Toutefois, en attendant une telle réorganisation de l'instruction, il est à noter que l'autonomie du juge se manifesterait principalement dans l'exercice de ses pouvoirs.

§ 2. — Les pouvoirs du juge d'instruction : la fonction d'instruction.

496. — Le Code d'instruction criminelle avait établi un système particulier : le juge d'instruction était officier de police judiciaire. En tant que tel, son autonomie n'était qu'un mot puisqu'il dépendait du contrôle et de la surveillance du procureur général. Cependant, ce magistrat exécutait des actes d'instruction. Mieux, son activité se bornait à cela puisque la possibilité de statuer sur le dossier était confiée au soin d'un organe collectif, la chambre du conseil, dont le juge d'instruction faisait partie. Ce dernier présentait un rapport, en sorte qu'il avait un rôle prépondérant dans l'élaboration de la décision (20). Cette procédure compliquait et retardait le règlement des instructions. La loi du 17 juillet 1856 mit un terme à cette anomalie. Les pouvoirs de juridiction ont été accordés en droit à celui qui les possédait en fait.

La commission du Conseil d'Etat souligna que l'institution de la chambre du conseil ne sert pas une bonne administration de la justice et qu'il n'est pas nécessaire de maintenir une institution hybride (21).

(18) M. ROUSSELET, dans les *Mélanges Donnedieu de Vabres* (p. 213, « Quelques réflexions sur l'instruction préparatoire »), préconisait l'utilisation du doyen principalement pour la répartition des dossiers. Toutefois, il n'était pas hostile à une certaine réorganisation des échelons indiciers des juges d'instruction.

(19) On a souvent montré que l'indépendance du magistrat était plus une question de caractère qu'un problème législatif (*Rev. Sc. crim.*, 1957, p. 85 ; *Centenaire de la loi de 1856*).

(20) En fait, c'était un juge unique qui statuait sous le couvert de l'anonymat.

(21) Voir le rapport précédant la loi de 1856 : D.P. 1856.4.124, ainsi que GOLLETTY, *Rapport oral au colloque du XX^e anniversaire*, *Rev. Sc. crim.*, 1957, p. 88.

A partir de ce moment, les deux aspects du juge d'instruction ont été dégagés : tantôt officier de police judiciaire, tantôt juridiction d'instruction du premier degré. M. Marquiset affirme : « De sa qualité d'officier de police judiciaire, il découle qu'il peut rassembler et examiner les preuves et constituer le dossier d'une affaire pénale comme juge, il a un pouvoir juridictionnel en vertu duquel il statue par voie d'ordonnances. » La pratique judiciaire a également tenté d'établir une différence entre les deux attributions. Un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris, en date du 13 mars 1953 (22) en fournit l'exemple le plus net : « Considérant que le juge d'instruction a deux qualités : il est officier de police judiciaire pour la constatation des crimes et délits et juridiction d'instruction du premier degré. » « Dans la première de ces qualités, il doit rechercher les crimes et délits, en rassembler les preuves, identifier les inculpés, s'assurer de leur personne et les interroger, qu'en cette qualité d'officier de police judiciaire... le juge d'instruction exerce souverainement ses fonctions et décide des actes d'information à accomplir... ; que dans l'exercice de ses fonctions d'O.P.J., le juge d'instruction est soumis à la surveillance et à la censure du procureur général et de la cour d'appel. » « Dans la seconde de ses qualités, comme juridiction d'instruction du premier degré, le magistrat instructeur est appelé à prendre des décisions qui ont un caractère contentieux. »

Cet arrêt manifeste une certaine contradiction : le juge d'instruction est souverain dans ses fonctions tandis qu'il relève d'un contrôle...

497. — En réalité, comme le soulignait le procureur général Besson, tous ceux qui ont tenté de faire le départ entre ces deux séries d'attributions ne sont pas parvenus à un résultat (23). M. Gollety montrait la complexité de la situation en affirmant que l'on était « quelquefois étonné de voir rassemblés entre les mains du même personnage des actes de juge et des actes de police judiciaire, car il est difficile de cataloguer les actes du juge d'instruction » (24).

D'ailleurs, la qualité d'officier de police judiciaire ne commandait pas l'activité du juge d'instruction, sinon le projet Donnedieu de Vabres n'aurait pas encouru de tels reproches. Le juge d'instruction, malgré les textes du Code d'instruction criminelle, se révélait bien plus juge qu'officier de police judiciaire. En supprimant cette qualité, le Code de procédure pénale n'a fait que constater le caractère désuet d'une institution.

En définitive, la qualité de juge caractérise les pouvoirs du juge d'instruction. C'est ce que nous essaierons de présenter.

(22) Paris, 13-3-1953, rapporté en même temps que crim., 25-3-1954 ; D. 1954.345.

(23) Rapport BESSON, n° 20 ; Cf. STEFANI, « L'acte d'instruction », in *Mélanges Hugueney*, p. 135.

(24) GOLLETY, Colloque du XX^e anniversaire, *Rev. Sc. crim.*, 1957, p. 85.

A. — LA FONCTION D'INSTRUCTION
REQUIERT DES ATTRIBUTIONS JURIDICTIONNELLES.

498. — Il est nécessaire que la personne chargée de la fonction d'instruction puisse disposer d'un pouvoir de juridiction. S'il ne lui appartient pas de décider de l'opportunité de sa saisine, au moins convient-il de lui permettre d'apprécier la régularité de cette saisine. Il importe qu'ultérieurement son activité ne soit pas reconnue inutile par suite d'une mise en œuvre irrégulière. Cette hypothèse se réalisera peut-être rarement quand la saisine du juge émane du ministère public. Cependant, un arrêt du 4 décembre 1952 (25) nous fournit une telle hypothèse. En l'espèce, le réquisitoire introductif d'instance n'était revêtu d'aucune signature, en sorte qu'il était impossible de déterminer la qualité du rédacteur. La Cour de cassation a estimé, dès lors, que le juge n'avait pu instruire valablement car il n'a pas la possibilité de se saisir lui-même. Il est donc nécessaire que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour refuser d'informer en ce cas (26).

Le plus souvent, toutefois, le juge d'instruction attestera son pouvoir juridictionnel lorsqu'une partie civile se constitue devant lui. En effet, la plainte de la victime assortie d'une constitution de partie civile saisit de plein droit le juge d'instruction sans que le réquisitoire du procureur de la République n'exerce d'influence (art. 86 C.P.P.).

499. — Mais le juge a non seulement le droit, mais le devoir de vérifier si l'action de la prétendue partie civile est fondée. Le Code de procédure pénale permet, en effet, le déclenchement du procès-pénal, à la condition que la victime réclame la réparation du tort que lui a causé une infraction pénale (art. 2 C.P.P.). Un examen sommaire du préjudice doit être effectué pour que les juges déclarent l'action recevable et se reconnaissent compétents pour statuer sur le litige qui leur est soumis. Il en est de même pour le juge d'instruction (27).

(25) *Crim.*, 4-12-1952, B. 290 ; *J.C.P.* 1953.II.7625 ; note Chambon.

(26) Ce pouvoir juridictionnel est indépendant de la saisine, pour autoriser le juge à refuser d'informer en cas d'absence de saisine. Cet acte juridictionnel de refus d'instruire sera motivé et les parties pourront exercer des voies de recours à son encontre. Voir sur le refus d'informer, *supra* n° 177 et ss., et les références citées. En outre, *Crim.*, 18-11-1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 303, p. 639.

(27) Déjà, pour éviter les abus que pouvaient entraîner les constitutions de partie civile, une loi du 2 juillet 1931, modifiant l'article 70 C.I.C., avait restreint les effets de cette constitution. Le procureur de la République pouvait solliciter du juge l'instruction provisoire contre inconnu. De cette manière, l'action publique était déclenchée mais les inconvénients d'une plainte nominative étaient écartés. Cette disposition se trouve insérée à l'article 86, al. 4 C.P.P. : « En cas de plainte insuffisamment motivée ou justifiée par les pièces produites, le juge d'instruction peut aussi être saisi de réquisitions tendant à ce qu'il soit provisoirement informé contre toutes personnes que l'instruction fera connaître. »

Dès lors, si la plainte ne se trouve pas suffisamment motivée ou justifiée, il serait peut-être plus opportun que le juge d'instruction la rejette d'office, après avoir sollicité la partie civile de fournir des justifications permettant de déclarer sa plainte recevable. La première rédaction de l'article 87 C.P.P. permettait seulement à l'inculpé, au ministère public ou à une autre partie civile, de contester une constitution de partie civile. Le juge d'instruction n'aurait pu procéder d'office. Mais l'ordonnance du 4 juin 1960 lui a donné le pouvoir de déclarer l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile (art. 87 al. 3 C.P.P.).

500. — C'est ce que manifeste un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1961 (28). Une partie civile sollicite l'ouverture d'une information. Le juge, estimant les documents fournis insuffisants pour établir la relation qui existait entre le préjudice et l'infraction dénoncée, avait refusé d'informer. La partie civile invoquait que l'instruction était destinée à faire apparaître le préjudice et que, par ailleurs, elle fournirait les justifications demandées après l'ouverture de l'information. La chambre d'accusation n'en confirma pas moins le refus d'informer. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt.

En effet, si l'article 85 C.P.P. accorde le droit de mettre l'action publique en mouvement, sans aucune intervention du ministère public, à toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit, on ne saurait déduire de cette formule qu'il suffit au plaignant d'alléguer qu'il a été lésé par l'infraction dont il saisit la justice. Interpréter ainsi l'article 85 C.P.P., cela conduirait à admettre toute personne à se substituer au ministère public. Pour notre part, nous ajouterons que, dans ces conditions, aucune distinction ne serait faite entre la plainte pure et simple effectuée au Parquet (art. 40 C.P.P.) et celle déposée au juge d'instruction. Or, dans ce dernier cas, le juge serait tenu d'instruire tandis que le ministère public pourrait apprécier l'opportunité d'exercer une poursuite.

La Cour de cassation s'est référée au fondement de l'action civile pour reconnaître que la partie lésée aurait dû fournir ses justifications. Ainsi, la fonction d'instruire nécessite l'attribution de pouvoirs juridictionnels. Le juge est chargé de l'information parce qu'il dispose de tels pouvoirs. La justice pénale ne se trouvera pas encombrée d'affaires apparemment pénales, mais qui tendraient principalement à faciliter la preuve manquante pour un procès civil. C'est dans la mesure où une sanction pénale peut être encourue que la fonction d'instruction doit être exercée (29). La différence avec les actes de la

(28) Crim., 9-2-1961, B. 83 ; J.C.P. 1691.II.12004 ; rapport COMBALDIEU, D. 1961. 306 ; Voir déjà Crim., 8-5-1903, B. 171, déclarant que l'action civile met en marche l'action publique à la condition d'être recevable en raison de l'intérêt direct de la partie civile. Voir, de même, Crim., 6-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 308, p. 654 ; Crim., 17-12-1963 ; J.C.P. 1964.IV.13 ; Crim., 16-3-1964 ; J.C.P. 1964.II.13744, note A.P. Adde Crim., 6-10-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 256, p. 549 ; Crim., 17-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 300, p. 634 ; J.C.P. 1965.II.14052.

(29) Voir, à cet égard, Crim., 17-12-1963 ; J.C.P. 1964.IV.13.

police judiciaire (30) apparaît déjà : le refus de procéder à des actes est motivé, et une voie de recours pourra être exercée par la personne à laquelle la décision fait grief.

501. — Ce pouvoir juridictionnel se manifeste aussi en cours d'instruction. Outre que le juge peut ordonner des mesures de coercition sur les personnes et sur les biens, par la détention préventive ou par des perquisitions, une attribution répressive est accordée au juge d'instruction.

Pour ne pas voir entraver son action, pour lui permettre d'être réellement indépendant, le juge d'instruction a la possibilité de prononcer des peines. Le Code d'instruction criminelle avait prévu deux hypothèses. D'une part, en cas de flagrant délit une peine pouvait être prononcée à l'encontre de toute personne s'opposant à la bonne exécution d'une perquisition (10 jours d'emprisonnement et 100 F d'amende en 1808 (31). D'autre part, à l'égard du témoin qui, sans motif, n'apporte pas son concours à la justice, l'article 80 C.I.C. permettait le prononcé d'une amende. La contrainte par corps, au surplus, pouvait être exercée pour obliger cette personne à comparaître devant le juge.

Ces dispositions sont reproduites dans le C.P.P. Au cours de l'enquête de flagrant délit, il peut être prescrit à une personne suspecte de ne pas s'éloigner des lieux de l'infraction. En cas de non-respect de cette obligation, l'article 61 C.P.P. dispose qu'une peine de dix jours d'emprisonnement et une amende de 360 F sera prononcée. Mais comme le juge d'instruction n'est plus saisi par la flagrante d'une infraction, cette sanction relève de la compétence du juge de police. Relativement aux témoins, l'article 109 al. 2 C.P.P. attribue au juge d'instruction la possibilité de les condamner à une amende. Prévue comme amende correctionnelle, cette sanction est devenue une contravention de 5^e classe, depuis l'élévation de la compétence des tribunaux de police. Toutefois, comme par le passé, le prononcé de cette amende est une attribution du juge d'instruction. Le juge a, d'ailleurs, la faculté de décharger le témoin de la sanction prononcée, à condition que des excuses ou des justifications soient présentées. Cette décision est désormais susceptible d'appel (art. 109 al. 3), à la différence de l'article 80 al. 1 C.I.C. indiquant l'absence de voies de recours.

502. — Le pouvoir juridictionnel se manifestera à nouveau lors de la clôture de l'instruction, en raison des actes d'instruction effectués. Le C.I.C. avait confié ce rôle à la chambre du conseil, mais le rôle du juge était primordial au sein de cette juridiction. L'accomplissement des actes d'instruction lui avait permis une connaissance

(30) Rappelons qu'aux termes de l'article 14 C.P.P., le domaine des actes de police judiciaire est subordonné à l'absence d'information régulière. Voir *supra* n° 312.

(31) A cette époque, les attributions répressives du juge d'instruction l'autorisaient à prononcer des peines de police correctionnelle.

exacte du dossier. Les deux autres magistrats, en revanche, ignorant tout de l'affaire, avaient tendance à faire confiance au juge d'instruction qui devait présenter un rapport. La loi du 17 juillet 1856 lui accorde le droit de statuer seul sur les actes essentiels de la procédure : la matière de la détention préventive (art. 114 C.I.C.) et le règlement de la procédure (art. 128 C.I.C. et ss. devenus art. 175 et ss. C.P.P.). Mais, au-delà même des attributions proprement juridictionnelles, c'est toute l'instruction qui atteste un aspect juridictionnel.

B. — L'ASPECT JURIDICTIONNEL DE LA FONCTION D'INSTRUCTION.

503. — Faustin Hélie affirmait : « Le juge d'instruction puise dans sa qualité la première règle de ses pouvoirs : c'est parce qu'il est juge qu'il a été chargé de l'instruction. La loi n'a pas voulu que la direction de la procédure pût appartenir soit à la partie civile, soit à la partie publique : elle n'a pas voulu que les intérêts privés ou les entraînements de la poursuite pussent exercer une influence quelconque sur ses actes. Elle l'a placé tout entier entre les mains d'un magistrat dont l'indépendance est la garantie de toutes les parties et dont le caractère suppose une appréciation judicieuse de toutes les mesures qu'il ordonne » (32).

Le Code de procédure pénale, dans ses dispositions relatives aux fonctions du juge d'instruction, reflète une semblable inspiration. D'une part, l'article 49 al. 1 C.P.P. charge le juge de procéder aux informations, et la circulaire prise pour l'application du Code rappelle que c'est de la qualité des magistrats que dépend directement la manifestation de la vérité et le bon fonctionnement de la justice. D'autre part, l'article 81 al. 1 précise la mission de ce magistrat en énonçant qu'« il procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Ce dernier membre de phrase témoigne de la liberté d'appréciation accordée au juge pour mener sa mission légale.

Le Code d'instruction criminelle ne contenait pas l'énoncé de tels principes ; il se contentait de préciser certains actes. Mais la jurisprudence, ainsi que le sentiment du devoir chez le juge ont pallié ce défaut des textes législatifs. Le juge s'est révélé véritablement indépendant dans la conduite de l'instruction et tel est le sens de l'article 81 al. 1 C.P.P. Les seules limites à cette autonomie découleront de ses devoirs en tant que juge.

1. — *Le principe de l'indépendance du juge pour mener l'information.*

504. — Le juge a toute liberté pour mener l'instruction à sa guise. Il ne saurait être contraint d'effectuer tel ou tel acte précis. Faustin Hélie s'exprimait ainsi : « Tous les actes qui constituent la procé-

(32) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1650.

ture préparatoire sont livrés au pouvoir presque discrétionnaire du juge d'instruction : il est chargé de procéder aux recherches, de vérifier les indices, de constater les faits. Il appelle et questionne les témoins, il décrète l'arrestation et interroge l'inculpé » (33). « La loi se confie à son zèle pour l'éclairer dans toutes ses faces et pour accomplir cette tâche difficile, elle lui a remis un pouvoir presque illimité. Il peut, en général, ordonner tous les actes qui tendent à la découverte de la vérité judiciaire » (34).

Des opinions analogues sont proclamées actuellement. Pour MM. Stefani et Levasseur, « La conduite de l'instruction permet de prendre toute mesure susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité, qu'il s'agisse de l'existence ou des circonstances de l'infraction, de la découverte des auteurs ou complices, de la personnalité ou de la culpabilité de ceux-ci, de la recherche des origines, moyens, produits de l'infraction... » (35). M. Delestrée affirme que « Le magistrat peut procéder en toute liberté, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, sous la seule réserve d'opérer conformément à la loi, c'est-à-dire, dans le respect des formes légales » (36). Ainsi, le juge a la faculté de choisir l'acte qui lui paraît le plus utile, sans observer un ordre préétabli, de plus, il n'est pas tenu d'effectuer uniquement des actes réglementés au Code de procédure pénale.

505. — Le juge peut commencer l'instruction par n'importe quel acte. Ni le Code de procédure pénale, ni le Code d'instruction criminelle n'ont prévu de processus rigoureux. La conduite de l'instruction préparatoire diffère à cet égard de l'instruction définitive : pour cette dernière, la loi a indiqué l'ordre selon lequel elle se déroule. Le ministère public se fait entendre avant le prévenu ou l'accusé qui doit toujours présenter sa défense le dernier. Une violation de cet ordre serait constitutive d'une atteinte aux droits de la défense, et la Cour de cassation ne manquerait pas de la relever.

L'information préalable ne contient aucune disposition de ce genre. Le juge d'instruction peut d'abord procéder à l'inculpation, ou bien effectuer tels ou tels actes, comme l'audition de témoins, afin de justifier le bien-fondé de l'inculpation. « Le juge d'instruction organise son information et constitue son dossier comme il l'entend ; il apprécie seul l'opportunité des actes à accomplir et l'ordre dans lequel ces actes seront effectués » affirme M. Escande (37). Les sollicitations

(33) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1536.

(34) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1553.

(35) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 217. Voir aussi FRÉJAVILLE et SOYER, n° 385.

(36) P. DELESTRÉE, « L'instruction préparatoire depuis la réforme », pp. 4 et 9.

(37) ESCANDE, « Jurisclasser de procédure pénale », art. 79 à 84, n° 73. Une opinion identique est formulée par M. Chambon, note au J.C.P. 1962.II.12692 *bis*, à propos de deux arrêts de la chambre d'accusation de Paris. La Cour de cassation a même décidé qu'une inculpation n'était pas nécessaire ; Crim., 27-12-1963 ; J.C.P. 1964.II.13543.

des parties, à cet égard, sont sans influence sur la conduite de l'instruction.

Déjà, à propos des mandats destinés à assurer la comparution des inculpés, la Cour de cassation a reconnu que le juge était libre de décerner un mandat d'amener ou un mandat de comparution (38). Puis, à propos d'une confrontation, il était affirmé qu'étant une mesure d'instruction, elle était abandonnée à l'appréciation du juge (39).

Le 27 septembre 1900 (40), la Cour de cassation estime que l'inculpé ne saurait se plaindre de ce que le juge n'ait pas procédé à une confrontation et à un examen médico-légal. « L'utilité et l'opportunité des mesures d'instructions sont laissées par la loi à l'appréciation du magistrat instructeur et le demandeur ne saurait être fondé à se plaindre du défaut des actes sollicités. »

A nouveau, ce principe est invoqué dans un arrêt du 14 décembre 1950 (41) : « Le magistrat instructeur qui a la direction de la procédure, apprécie l'utilité des mesures d'instruction qui peuvent être sollicitées par les parties. »

506. — Le Code de procédure pénale, dont la tendance générale a consisté à renforcer l'indépendance du juge d'instruction, n'a pas consacré un principe différent (art. 81 al. 1 C.P.P.), et la jurisprudence s'en est tenue à sa position traditionnelle. C'est ainsi que, par un arrêt en date du 20 octobre 1960, la chambre criminelle déclare que : « Le juge d'instruction peut mettre fin à son instruction quand il l'estime complète et que tous les éléments de l'information ont été réunis » (42). Plus récemment, la Cour de cassation a pu décider que le juge d'instruction n'était pas tenu, avant de rendre une ordonnance de non-lieu, de procéder à l'inculpation de la personne visée dans la plainte (43).

Le juge, maître d'apprécier les actes utiles, n'est pas tenu d'accomplir les seuls actes dont les formalités sont précisées au Code de procédure pénale. Le C.P.P., comme déjà le C.I.C., ne fournit pas une liste limitative des actes susceptibles d'être accomplis par le magistrat. Il importe seulement qu'il se conforme à la loi. Si celle-ci n'a rien indiqué, il apparaît cependant que le juge puisse exécuter un tel acte. Ainsi, les confrontations n'étaient pas prévues par le Code d'instruction criminelle et la Cour de cassation a toujours considéré

(38) Ainsi Crim. 8-11-1834, B. 364 ; Crim., 7-4-1837, B. 107 ; Crim., 24-4-1847, B. 87.

(39) Crim., 10-8-1893, B. 236.

(40) Crim., 27-9-1900, B. 301.

(41) Crim., 14-12-1950, B. 288. Voir aussi Crim., 19-3-1910, B. 150.

(42) Crim., 20-10-1960, B. 465. Voir de même Crim., 6-12-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 361, p. 745.

(43) Crim., 27-12-1963 ; Bull. Crim., n° 338, p. 713, J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon. Voir aussi Crim., 11-3-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 86, p. 196 ; Crim., 26-5-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 175, p. 379.

que cet acte non réglementé pouvait être exécuté (44). Actuellement encore, les confrontations de témoins ne font l'objet d'aucune disposition. Cependant, la pratique en fait un usage fréquent. Elles ne sont permises qu'à la condition d'intervenir après une audition du témoin. De cette manière, il ne sera porté aucune atteinte à la règle que les témoignages doivent être reçus séparément (art. 102 C.P.P.).

De même, le juge pourrait prescrire une levée de plan ou une reconstitution de l'infraction. L'essentiel pour l'exécution de ces actes non réglementés consistera à respecter les principes généraux relatifs aux droits de la défense (45).

507. — Le Code d'instruction criminelle avait donné comme mission principale au juge d'instruction de rechercher tous les éléments concernant le fait délictueux. Le droit pénal, depuis la fin du XIX^e siècle, a été marqué par une prise en considération beaucoup plus grande du délinquant. Le Code de procédure pénale devait faire état de ces préoccupations qui devenaient nécessaires à la suite de l'introduction dans la législation positive d'une nouvelle modalité du sursis fondée sur la personnalité du délinquant (46).

L'acte délictueux doit être minutieusement établi dans sa matérialité, mais aussi l'auteur de l'acte doit être présenté au juge de jugement dans son intimité profonde. Pour éviter des retards, il importe que le dossier de personnalité soit établi dès le stade de l'instruction. Aussi l'article 81 al. 6 C.P.P. prescrit au juge d'instruction « de procéder ou de faire procéder soit par des officiers de police judiciaire, conformément à l'alinéa 4, soit par toute personne habilitée par le ministre de la Justice à une enquête sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale. Toutefois, en matière de délit, cette enquête est facultative » (47).

D'autre part, l'article 81 al. 7 permet au juge de « prescrire un examen médical ou de confier à un médecin le soin de procéder à un examen médico-psychologique ou ordonner toutes autres mesures utiles. Si ces examens sont demandés par l'inculpé ou son conseil, il ne peut les refuser que par ordonnance motivée ». L'exigence d'une ordonnance motivée, et l'assimilation effectuée par l'article D. 23 C.P.P. avec les règles relatives à l'expertise, incitaient à penser que

(44) En ce sens, Crim., 10-8-1893, B. 236.

(45) Pour le caractère non limitatif de l'énumération du Code, voir DONNEDIEU DE VABRES, traité, n° 1281.

(46) Sur le sursis avec mise à l'épreuve, voir STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, I, n° 546 à 561 et les réf. citées, BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, I, n° 831. Voir déjà pour la relégation, Seine 6 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9338, note Levasseur.

(47) Signalons une mauvaise rédaction de cet article qui tendrait à faire une obligation de l'enquête de personnalité en matière de contravention (dans l'hypothèse où une information serait ouverte, art. 44 et 79 C.P.P.). Notons que cette enquête peut être utile pour une infraction de la 5^e classe de contravention.

ces actes seraient nécessaires à moins que des circonstances particulières n'en motivent l'inutilité ou l'inefficacité (48).

508. — Mais la Cour de cassation n'a pas jugé de cette manière. A propos de l'article 81 al. 7, la Cour d'appel de Montpellier avait été saisie d'un appel, exercé par un inculpé, à l'encontre d'une ordonnance du juge d'instruction refusant de faire droit à sa demande d'examens médicaux et médico-psychologiques. Puisque l'article D. 23 faisait l'assimilation avec l'expertise, il avait paru logique à l'inculpé de faire état de l'article 186 en matière d'expertise. La cour d'appel de Montpellier refusa de procéder à l'assimilation et déclara la demande irrecevable. L'établissement du dossier de personnalité, disait-elle en substance, dans un arrêt du 13 novembre 1959 (49), prévu à l'article D. 16 ne vise que la connaissance de l'inculpé mais ne recherche nullement les preuves de culpabilité. Ainsi, se distingue-t-il de l'expertise réglementée aux articles 156 à 169 C.P.P. De surcroît, l'article 186 ne contient aucune référence à l'article 81.

M. Chambon approuva cette manière de voir en estimant que l'article D. 23 signifie seulement que l'exécution doit se faire selon le même mode que l'expertise (50). Sur le pourvoi de l'inculpé, la chambre criminelle déclara la demande recevable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, mais elle rejeta la prétention au fond : « Si l'article 81 al. 7 susvisé prévoit que le juge d'instruction peut faire procéder à un examen médical et médico-psychologique de l'inculpé, c'est là une simple faculté que la loi abandonne à la conscience du magistrat instructeur qui est seulement tenu, lorsqu'il estime ne pas devoir ordonner la mesure sollicitée à cet égard par la défense, de rendre une ordonnance faisant connaître les motifs de son refus » (51).

Le même jour, la chambre criminelle estimait que l'enquête de personnalité (art. 81 al. 6) pouvait n'être pas prescrite par le juge d'instruction, alors que le texte même en faisait une obligation en matière criminelle (52) : « La disposition de l'article 81 al. 6 C.P.P. qui fait un devoir au juge d'instruction de ne pas se borner à rassembler les preuves de la culpabilité ou de la non-culpabilité, mais

(48) La Cour de cassation a décidé que l'enquête de personnalité n'est pas une mesure d'expertise au sens des articles 156 et ss. C.P.P. : *Crim.*, 5-1-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 8, p. 15 ; *Crim.*, 27-11-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 336, p. 709.

(49) Montpellier, 13-11-1959 ; *J.C.P.* 1960.II.11612, note Chambon.

(50) Peut-être cette distinction des deux sortes d'expertise n'est-elle pas étrangère à la modification de l'expertise par l'ordonnance du 4 juin 1960. L'expertise concernant le fond nécessite la nomination de deux experts, toute autre n'a besoin que d'un seul expert. L'expertise sur le fond est celle qui a trait à la culpabilité. Cf. *supra* n° 192 et 201.

(51) *Crim.*, 29-4-1960, B. 221 ; *J.C.P.* 1960.II.11658 ; D. 1960, p. 654. Voir les critiques présentées par M. LEVASSEUR, *Rev. Sc. crim.*, 1961, p. 83.

(52) *Crim.*, 29-4-1960, B. 223. A propos de l'enquête de personnalité, voir déjà *Crim.*, 5-4-1960, B. 210, ainsi que 31-5-1960 et 1-12-1960, B. 566 ; D. 1961.385 et la note M.R.M.P. ; chronique de M. LEVASSEUR, *Rev. Sc. crim.*, 1961, p. 83 et

de réunir, dans la mesure du possible, les renseignements qui permettent aux juges de déterminer et mesurer la peine éventuellement applicable, ne déroge pas à la règle fondamentale d'après laquelle les juridictions d'instruction ont le droit et l'obligation de clore leur enquête lorsqu'elles estiment que celle-ci est complète. » Cette prise de position est très nette, alors qu'il aurait été facile à la Cour de cassation de rendre une décision d'espèce, puisqu'il s'agissait d'une affaire soumise à un tribunal militaire. Une affirmation identique est renouvelée le 1^{er} décembre 1960 à propos d'un crime de droit commun commis en métropole.

509. — Cette solution de la Cour de cassation a entraîné de nombreuses critiques, car il est inconcevable que le juge d'instruction puisse ne pas respecter les obligations mises à sa charge par la loi. A la vérité, tel n'est pas le sens des arrêts de la chambre criminelle. Ils signifient que le juge n'est pas tenu pour obtenir les renseignements relatifs à la personnalité du délinquant de prescrire une enquête officielle.

Un formalisme trop strict n'est pas de mise en cette matière, surtout lorsque l'on sait le peu de personnes habilitées par le ministère de la Justice. Une impossibilité d'exécution matérielle se présente sur laquelle il n'a peut-être pas été assez insisté au cours des polémiques. La note M.R.M.P. montre bien que le refus du juge de recueillir des renseignements concernant les inculpés ne manquerait pas d'être censuré.¹

D'ailleurs, si l'on se place du point de vue des droits de la défense, il n'est pas certain que l'inculpé ait subi un préjudice de ce fait. Dans ces conditions, l'article 172 C.P.P. ne pourrait trouver aucune application (53).

Le juge d'instruction apparaît pleinement indépendant pour mener son instruction, tant en ce qui concerne la réalité du fait matériel dénoncé qu'en ce qui touche directement à la personnalité de l'auteur de l'infraction (54). Une limite cependant est tracée à son pouvoir souverain, qui n'est pas arbitraire : elle découle de sa qualité judiciaire.

VOUIN, « Le dossier de personnalité », J.C.P. 1961.I.1633 *bis*. Voir aussi VIII^{es} Journées de défense sociale, Rev. Sc. crim., 1960, p. 595. Premier congrès français de criminologie (Lyon, 21-24 octobre 1960) : travaux publiés par M. COLIN (Examen de personnalité et criminologie, Tome I et Tome II).

(53) La chronique de M. VOUIN (J.C.P. 1961.I.1633 *bis*) montre bien qu'il ne saurait être question d'une violation des droits de la défense. Signalons que les juridictions pénales acceptent mal le but de défense sociale accordé aux peines actuelles, voir notamment Crim., 6-12-1961 ; D. 1962.83, note J.M.R. ; Crim., 5-10-1961, B. 384, qui annule une décision entièrement, bien que seule la peine était prononcée irrégulièrement.

(54) Voir encore Crim., 4-4-1962, J.C.P. 1962.II.12692, note Doll ; Bull. crim., 1962, n° 162.

2. — *La limite de l'indépendance du juge d'instruction : ses devoirs de juge.*

510. — Le magistrat instructeur étant un juge, deux devoirs s'imposent à lui : il doit mener l'information et il doit être impartial.

Il existe pour le juge d'instruction un devoir d'instruire. Cette question n'a pratiquement jamais soulevé de difficultés lorsque le juge est saisi par le procureur de la République. En revanche, elle s'est manifestée à propos de la saisine par constitution initiale de partie civile. Par le célèbre arrêt du 8 décembre 1906, rendu au rapport du conseiller Laurent-Atthalin (55), la chambre criminelle a décidé que : « Le juge d'instruction saisi conformément à l'article 63 C.I.C., avec constitution régulière de partie civile, et d'ailleurs compétent aux termes de ce même article, a le devoir d'informer sur la plainte dans telle mesure qu'il appartient. »

A une époque où la législation ne permettait pas d'ouvrir provisoirement l'information contre inconnu, de nombreux juges d'instruction ont eu tendance à rejeter systématiquement les demandes des parties civiles (56). La Cour de cassation, toutefois, a veillé à ce que les juges procèdent véritablement à des recherches : ont donc été cassées les décisions fondées sur l'insuffisance de l'établissement de l'inculpation alors que le magistrat n'avait effectué aucun acte de son ministère (57).

Un arrêt de la chambre criminelle du 4 décembre 1952 (58) manifeste cette attitude : les juridictions d'instruction ont le devoir d'instruire, et déclarer la prescription acquise en l'état de la procédure à l'égard d'un inculpé déterminé sans instruction préalable équivaut à un refus d'informer.

511. — Cette information nécessaire doit être l'œuvre personnelle du magistrat ; ce dernier ne peut se satisfaire des documents présentés par l'une ou l'autre des parties. Ainsi, le 28 juin 1924 (59), la Cour de cassation estime que le juge ne peut prendre en considération des éléments provenant d'une instruction antérieurement suivie.

A plus forte raison, sera rejeté l'argument tiré de la connaissance de documents fournis par le procureur de la République. Ainsi, le

(55) Crim., 8-12-1906, B. 443 ; D.P. 1907.I.207.

(56) Les inconvénients résultaient de l'obligation d'inculper les personnes dénoncées dans la plainte (cf. Crim., 28-5-1925 ; D.P. 1926.I.121). La loi du 2 juillet 1931 a permis au procureur de la République de solliciter l'ouverture provisoire contre inconnu. Cette disposition figure à l'article 86 al. 4 C.P.P. Pour assurer le respect des garanties accordées à l'inculpé, l'article 86, al. 5 C.P.P. prévoit l'application éventuelle de l'article 104 C.P.P.

(57) En ce sens : Crim., 17-1-1919, B. 15 ; D.P. 1920.I.39 ; Crim., 8-6-1923 ; D.P. 1923.I.201 ; Crim., 28-6-1924, B. 267 ; Crim., 9-1-1930, B. 10 ; D.H. 1930.84 ; Crim., 1-8-1930, B. 224 ; Crim., 21-4-1932, B. 109 ; Crim., 5-6-1937, B. 120 ; Crim., 25-3-1947, B. 95 ; Crim., 8-10-1941 ; D.A. 1942.4 ; Crim., 23-12-1955, B. 605 ; Crim., 18-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 303, p. 639.

(58) Crim., 4-12-1952, B. 294.

(59) Crim., 28-6-1924, B. 267.

9 janvier 1930 (60), le procureur avait présenté deux ordonnances de non-lieu et une enquête officieuse, tandis que le 8 octobre 1941 (61), le juge s'était référé uniquement aux renseignements d'une enquête officieuse. Dans les deux hypothèses, la chambre criminelle annula les décisions : « Le juge d'instruction ne peut pas s'abstenir d'informer par le seul motif qu'au vu des pièces communiquées, et notamment du dossier d'une enquête officieuse, la perquisition critiquée avait été régulièrement faite au sens de l'article 90 C.I.C. » (62).

L'information doit être menée complètement. Le juge ne pourrait pas rendre une ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement, s'il n'a pu déterminer avec précision l'auteur de l'infraction (63). Telle est la solution consacrée par l'article 177 C.P.P. indiquant qu'en ce cas le juge doit clore son information par une ordonnance de non-lieu. La juridiction de jugement devant apprécier la culpabilité d'une personne et éventuellement prononcer une peine, elle ne peut être saisie d'une poursuite contre inconnu. L'ordonnance de renvoi contiendra donc l'indication du nom du prévenu, de son identité et de tous autres éléments nécessaires (64). A l'obligation de mener l'enquête se trouve un corollaire résultant de la qualité judiciaire du magistrat : l'instruction doit être impartiale.

512. — Le juge d'instruction doit agir impartialement, sans chercher à favoriser ou à nuire à l'inculpé. Faustin Hélie constatait déjà : « Si la loi a placé l'instruction des procédures criminelles entre les mains d'un juge, si elle a limité le pouvoir du ministère public au droit de requérir, en attribuant au juge le pouvoir d'ordonner, n'est-ce donc pas pour édifier une haute garantie de justice, pour assurer l'impartialité de l'instruction en l'associant à l'indépendance du juge ? »

« Que devient cette garantie si le juge d'instruction reçoit du ministère public non l'impulsion, mais la direction à laquelle il doit obéir ? Toute l'instruction passerait au ministère public et le juge ne serait plus qu'un instrument aveugle entre ses mains » (65).

On a coutume d'exprimer cette obligation en affirmant que l'information est faite tant à charge qu'à décharge. L'acte criminel doit faire l'objet d'un examen minutieux dans ses moindres détails. Il s'agit

(60) Crim., 9-1-1930, B. 10 ; D.H. 1930.84.

(61) Crim., 8-10-1941 ; D.A. 1942.4.

(62) Crim., 23-3-1954, B. 114. Dans cette affaire, l'enquête officieuse apparaissait comme la justification de la perquisition prétendue irrégulière.

(63) Voir ainsi Crim., 2-12-1954 ; Bull. Crim., 1954, n° 369, p. 640 et les arrêts cités.

(64) Si des éléments nouveaux parviennent relativement à l'auteur de l'infraction, la réouverture de l'instruction pourra être ordonnée pour survenance de charges nouvelles. La procédure avait été ainsi menée dans l'affaire de Crim., 24-7-1961, B. 353, mais la Cour de cassation l'a annulée, car les documents avaient été obtenus irrégulièrement. Voir sur le principe de la réouverture, Crim., 17-1-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 38.

(65) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1602.

là d'une des plus anciennes règles de procédure, attestée par la doctrine antérieure au Code d'instruction criminelle.

Muyart de Vouglans écrivait : « L'information n'étant autre chose qu'une exacte perquisition de la vérité des faits, pour bien y procéder, il est du devoir d'un bon juge de ne rien négliger de tout ce qui peut tendre à la découverte de cette vérité, et par conséquent de n'omettre dans la rédaction des dépositions aucune des circonstances qui peuvent servir à faire décharger l'accusé comme à celles qui tendent à le convaincre du crime. C'est ce qui a fait dire que l'information était comme une glace qui doit représenter les objets tels qu'ils sont, sans augmenter, diminuer ni altérer en quelque manière que ce puisse être » (66).

513. — La loi n'a prévu aucune disposition particulière susceptible de manifester cet aspect. En revanche, la jurisprudence a considéré qu'une instruction devait toujours comporter un interrogatoire : l'inculpé est ainsi à même de présenter les arguments favorables à sa défense. Dès un arrêt du 12 février 1835 (67), la chambre criminelle énonce : « Nul ne peut être jugé ou mis en accusation sans avoir été entendu ou dûment appelé ; dans le cas d'évocation par une chambre d'accusation, le conseiller instructeur est tenu de suivre les mêmes règles que le juge d'instruction, qu'aucun mandat de justice n'ayant été décerné contre le demandeur, celui-ci n'a pas été personnellement mis en cause. » Par la suite, d'autres arrêts ont confirmé et précisé ce principe.

Le 16 novembre 1849 (68), la Cour de cassation constate que « l'interrogatoire n'est pas seulement un moyen d'information, c'est aussi un moyen de défense, ainsi la formalité est substantielle ». Le juge, pour conserver à l'inculpé ses moyens de défense, doit, au moins une fois, faire comparaître l'inculpé devant lui. Pour ce faire, il dispose de différents mandats. Si l'inculpé ne défère pas à un mandat de comparution, un mandat d'amener pourra être délivré. En cas de fuite, un mandat d'arrêt pourra être décerné.

L'inculpé pourrait, alors, entraver le cours de la justice en ne se présentant pas devant le juge : l'instruction ne pourrait jamais être terminée. Aussi, la chambre criminelle a-t-elle été amenée à considérer des équivalents à l'interrogatoire : le fait même qu'un individu a fait l'objet d'une mesure de contrainte vaudra mise en demeure de présenter sa défense. Ainsi, le 8 avril 1892 (69), fut prononcée la nullité d'une procédure d'instruction au cours de laquelle le juge s'était contenté d'adresser un mandat de comparution. L'inculpé n'ayant pu présenter ses explications, la Cour de cassation considéra qu'une

(66) MUYART DE VOUGLANS, « Institutes criminelles », p. 245. Voir aussi SERPILLO, « Code criminel », Tome I, p. 481.

(67) Crim., 12-2-1835, B. 54. Voir aussi Crim., 24-6-1922 ; S. 1923.I.44, et Paris 11-12-1961 ; J.C.P. 1962.II.12692 bis et note Chambon.

(68) Crim., 16-11-1849, B. 303.

(69) Crim., 8-4-1892, B. 104 ; D.P. 1893.I.302.

atteinte aux droits de la défense était constituée puisque aucun interrogatoire n'avait eu lieu. La situation aurait été différente si le juge avait décerné un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt.

Pour cette dernière hypothèse, il a été jugé que l'inculpé, objet d'un mandat d'arrêt, ne pourra se faire aucun grief devant la juridiction de jugement de ce qu'il a été renvoyé devant elle sans s'être expliqué sur l'inculpation (70). Il suffit que le mandat ait été notifié (71). Dans ce cas, la chambre d'accusation n'aurait pas à compléter l'information menée par le premier juge si l'arrestation intervenait après le dessaisissement du juge d'instruction (72).

Mais, lorsqu'il n'est pas parvenu à déterminer l'auteur de l'infraction, un juge ne pourrait valablement clore son instruction par une ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement (73). Si le juge d'instruction est saisi *in rem*, la juridiction de jugement est saisie *in rem et in personam*. Le juge d'instruction ne pourrait, dans cette hypothèse, décerner un mandat contre inconnu. Si une telle pratique a eu cours au XIX^e siècle (74), l'article 123 C.P.P. s'y oppose puisque tout mandat « précise l'identité de l'inculpé ».

514. — Proche du devoir l'impartialité, se situe l'obligation de loyauté. La conduite de l'instruction demande le respect de la défense et la conformité aux règles légales. Le juge doit s'abstenir de toute ruse, de tout artifice pour parvenir à la découverte de la vérité. En tant que juge, il ne peut utiliser de machinations machiavéliques (75).

Un juge d'instruction qui imiterait au téléphone la voix d'un complice ne mériterait pas la confiance que l'on porte naturellement à un juge (76). Un juge doit lutter à visage découvert, et il ne peut mener d'interrogatoire d'« enfermement ». La dignité du magistrat exige le respect des droits humains chez l'inculpé.

C'est aussi pour cette raison que certains procédés modernes d'investigation ne sont pas admis au stade de l'information judiciaire. La personne interrogée doit rester libre de livrer son for interne : aucune contrainte ne doit l'amener à dévoiler ses pensées (77).

(70) Crim., 3-1-1891 ; D.P. 1891.I.417.

(71) Ainsi Paris, 14-10-1912 ; D.P. 1913.5.4.

(72) En ce sens Crim., 12-9-1912, B. 480 ; D.P. 1914.I.146.

(73) Ainsi Crim., 2-12-1954 ; Bull. Crim., 1954, n° 369, p. 640.

(74) Voir, à ce propos, l'arrêt de la chambre criminelle du 29 novembre 1833 (B. 481), (cf. *supra*, n° 164).

(75) Voir, à cet égard, « La loyauté dans la recherche des preuves », par BOUZAT, in *Mélanges Hugueney*, p. 155.

(76) Tel était le cas dans la célèbre affaire Wilson, où la Cour de cassation, constituée en Conseil supérieur de la magistrature, censura l'attitude du magistrat (Ch. réunies, 31-1-1888 ; S. 1889.I.241). Cette prescription est rappelée dans l'arrêt du 12 juin 1952 (B. 153 ; J.C.P. 1952.II.7241, note Brouchet). Voir ROUSSELET, « Les ruses et artifices dans l'enquête criminelle », *Rev. Sc. crim.*, 1946, p. 50 ; *Rev. int. crim. et pol. technique*, 1957, p. 159 (magnétophones). Mais, toutefois, en sens inverse : Seine, 30-10-1964 ; G.P. 28-11/1-12-1964.

(77) L'emploi du penthotal est prohibé : cf. VOUIN, D. 1949, chr. 101 ; GRAVEN, *Rev. Sc. crim.*, 1950, p. 313 ; HEUYER, *Rev. Sc. crim.*, 1950, p. 7 ; FAUCHER, *Rev.*

Ainsi, des garanties se manifestent du fait que l'instruction est confiée à un juge. Il serait à craindre que ce magistrat n'abuse de ses attributions. Pour assurer une bonne justice, la loi a organisé une juridiction d'instruction du deuxième degré qui contrôlera l'activité du magistrat instructeur. Il importe de déterminer les relations existant entre ces deux juridictions.

SECTION II

L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION A L'EGARD DE LA JURIDICTION D'INSTRUCTION DU DEUXIEME DEGRE

515. — Le juge d'instruction constitue, aux termes du Code de procédure pénale, la juridiction d'instruction du premier degré, tandis que la chambre d'accusation est la juridiction du deuxième degré. Le Code de procédure pénale a tenu à redonner une nouvelle activité à cette juridiction. Sous l'empire du C.I.C., la chambre des mises en accusation intervenait obligatoirement pour les procédures criminelles. Au cours de la première instruction, elle pouvait être saisie dans l'hypothèse de l'article 135 : un droit d'appel était ouvert à l'encontre des décisions relatives à la liberté provisoire. La jurisprudence a étendu cette faculté. La loi du 17 juillet 1856 a consacré ces pratiques coutumières à l'article 135 C.I.C. (78).

En prescrivant la communication de toutes ordonnances aux conseils des parties, la loi du 8 décembre 1897 est à l'origine du développement de la distinction entre les différents actes du juge d'instruction. Certains sont, en effet, de purs actes d'instruction, comme l'expertise ou le transport sur les lieux (79), d'autres ont un caractère mixte comme les commissions rogatoires (80), enfin se trouvent des actes juridictionnels.

Le droit du ministère public de faire appel de toute ordonnance a été entendu de manière très large, en sorte qu'il ne se trouvait pas restreint aux seules ordonnances juridictionnelles. Il a même été admis que le procureur de la République pouvait faire appel lorsque

pén. 1950, pp. 3 et 549 et références citées in STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 257 et 317.

(78) Certains auteurs s'élevèrent contre la disparité légale désormais établie, l'inculpé n'ayant pas le même droit que le ministère public. Cette situation demeura cependant, puisque la loi du 8 décembre 1897 n'apporta aucune modification sur ce point.

(79) Pour l'expertise, voir l'arrêt de principe du 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113 (et 16-2-1901 ; D.P. 1901.I.288). Pour le transport sur les lieux : Crim., 31-1-1952, B. 35.

(80) Voir *supra* n^o 67 et ss. Pour les actes juridictionnels : *supra* n^o 169 et ss.

la décision du juge avait été rendue conformément aux réquisitions présentées (81).

La chambre d'accusation peut être appelée à connaître d'une procédure suivie devant le juge d'instruction. Bien qu'elle soit saisie par la voie de l'appel, n'aura-t-elle pas tendance à exercer un contrôle plus important ? Ainsi, examinant l'affaire au fond, elle pourra influencer le bon déroulement de la procédure. Dans le premier paragraphe de cette section, nous rechercherons la nature exacte des pouvoirs de cette juridiction : s'agit-il d'attributions purement juridictionnelles comme le laisse entendre son mode de saisine, ou bien a-t-elle une activité proche d'un pouvoir hiérarchique ?

516. — Mais, si les chambres d'accusation ont eu un rôle modeste sous l'empire du C.I.C., peut-être n'est-ce pas dû uniquement à une insuffisance des textes. L'organisation judiciaire a exercé une influence sur sa mission. D'une part, par mesure d'économie, la plupart des cours d'appel ont été privées d'une chambre d'accusation autonome (82), en raison du nombre peu important des affaires qu'elles étaient appelées à connaître. D'autre part, quand les chambres autonomes ont pu subsister, elles n'étaient pas composées de magistrats spécialisés dans les affaires criminelles (83).

Au cours des discussions préparatoires à l'élaboration du Code de procédure pénale, l'attention a été attirée sur cet état de fait. La commission d'études pénales législatives, par la voix de son président, a voulu que la réforme de la chambre d'accusation constitue « la clef de voûte de l'édifice » (84). Pour assurer aux travaux de cette juridiction une qualité certaine, l'effort devait porter non pas tant sur les textes relatifs à ses attributions que sur son organisation. M. Vouin suggérerait que cette chambre dispose au moins d'un magistrat exclusivement chargé d'assurer la présidence de la chambre d'accusation (85). Sur les réformes qu'il convenait d'apporter, des voix très autorisées se sont manifestées, critiquant les propositions retenues primitivement par la commission (86). Le président de la chambre d'accusation, doté de pouvoirs de tutelle, a vu ses attributions enser-

(81) Hypothèse de Crim., 15-11-1956, B. 1956, B. 753. Voir aussi pour le droit d'appel très large : Crim., 25-3-1954 ; D. 1954.345.

(82) Une ordonnance du 5-8-1844 complétée par un décret du 12-6-1880 décida que les magistrats composant la chambre d'accusation feraient en outre le service des autres chambres à l'exception du président. Mais une loi du 3-7-1873 supprima même les titres de président dans les différentes cours d'appel sauf dans les cours de Paris et Bastia (D.P. 1873.4.91) : « Il s'agit d'une occupation insuffisante pour les magistrats auxquels elle incombe. »

(83) En ce sens, VOUIN, J.C.P. 1955.I.1221, « Prière pour la chambre de mises en accusation », n° 1.

(84) BESSON, conférence faite au Centre de droit comparé ; Rev. Sc. crim., 1954, p. 18.

(85) VOUIN, J.C.P. 1955.I.1221, n° 7. Cf. les travaux de la semaine pénale et pénitentiaire de Strasbourg, 1954 ; Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Tome II.

(86) MIMIN, « Pitié pour la chambre d'accusation », J.C.P. 1956.I.324.

rées dans des limites plus raisonnables par le Conseil de la République. Ce sont uniquement des pouvoirs relatifs à la bonne administration de la justice, en vue d'assurer le bon fonctionnement des cabinets d'instruction. Les attributions particulières de ce magistrat feront l'objet du deuxième paragraphe de cette section.

§ 1. — Les pouvoirs de la chambre d'accusation (87).

517. — Le Code de procédure pénale tend à assurer l'indépendance véritable du juge d'instruction. Cette conception se manifeste particulièrement à propos des relations de ce magistrat avec la chambre d'accusation. Deux thèses peuvent être envisagées : ou bien la chambre d'accusation, juridiction collégiale, a le soin de veiller sur les procédures en cours, et son activité révèle un pouvoir hiérarchique, ou bien cette juridiction n'exerce de contrôle que sur l'activité juridictionnelle du premier magistrat. En réalité, ces deux aspects sont présentés : dans une certaine mesure, la chambre d'accusation exerce un pouvoir hiérarchique, mais l'évolution actuelle tend à remplacer cette activité par un contrôle purement juridictionnel.

A. — LES ASPECTS DU CONTRÔLE HIÉRARCHIQUE.

518. — MM. Stefani et Levasseur indiquent que la chambre d'accusation contrôle l'opportunité des actes d'instruction et la régularité de la procédure (88). Si, effectivement, ces deux contrôles existent, il convient de reconnaître que la chambre d'accusation exerce un pouvoir hiérarchique.

En effet, l'indépendance du juge d'instruction réside dans l'appréciation souveraine de l'utilité de tel ou tel acte. Les seules limites de ses attributions résultent de ses obligations de juge. Admettre un contrôle de l'opportunité aboutirait à amoindrir son indépendance, puisque le juge serait tenu d'exécuter les actes jugés nécessaires par la chambre d'accusation.

Cet aspect est manifesté par certaines dispositions du C.P.P. Dans de nombreuses hypothèses, il est prévu que le refus, par le juge, d'effectuer un acte sollicité doit être motivé. Ainsi en est-il pour les examens médicaux et médico-psychologiques de l'article 81 al. 7. De même, le procureur de la République a la possibilité de requérir à tout moment de l'information l'exécution de tel ou tel acte d'instruction (art. 82 C.P.P.). Si le juge n'estime pas devoir procéder à ces actes, l'article 82 al. 3 mentionne qu'il « doit rendre dans les cinq

(87) Sur la chambre d'accusation, voir les études de M. BROUCHOT, J.C.P. 1959.I.1485 et Rev. Sc. crim., 1959, p. 327 ; BOUZAT, Revue belge de droit pénal et criminologie, 1956-1957, p. 805 et GUYENOT, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », Rev. Sc. crim., 1964, p. 559.

(88) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 534 à 543.

jours des réquisitions du procureur de la République, une ordonnance motivée ».

Ces ordonnances, qui sont des actes juridictionnels puisque le juge tranche un litige potentiel, ne sont pas toujours susceptibles d'appel de la part des parties. Tel est le cas de l'ordonnance de l'article 81 al. 7 (89). Cette motivation permettra à la chambre d'accusation de vérifier la raison du refus des actes. Mais ce contrôle n'est pas autonome, il est subordonné au droit d'appel d'une des parties. Le contrôle hiérarchique est donc limité par les attributions juridictionnelles.

519. — Il en est de même pour la régularité des procédures. Si les dispositions légales ont été violées, il importe qu'au plus tôt la procédure soit remise en ordre, pour que les actes ultérieurs ne soient pas entachés de vice. Dans ce dessein, le C.P.P. a prévu un moyen de remédier à une nullité, dès sa découverte. Le C.I.C. n'avait rien réglementé et la Cour de cassation avait été obligée de définir comment il serait possible de saisir la chambre d'accusation : le procureur de la République devait faire appel d'une ordonnance de soit-communiqué (90). Désormais, l'article 171 C.P.P. permet au juge d'instruction de saisir la chambre d'accusation pour faire apprécier la régularité d'un acte. En cette hypothèse, il sera procédé selon l'article 206 C.P.P.

La chambre d'accusation peut, en ce cas, prononcer la nullité de l'acte et, éventuellement, tout ou partie de la procédure ultérieure. Après l'annulation, elle peut évoquer et suivre les règles des articles 201, 202 et 204, soit renvoyer le dossier au même juge d'instruction ou à tel autre afin de poursuivre l'information (91). Cette deuxième branche de l'alternative manifeste une attitude de pouvoir hiérarchique, puisque la chambre d'accusation va dessaisir un juge d'instruction légalement saisi. Ce magistrat compétent, mais maladroit, va être dessaisi au profit d'un autre juge. Il est permis, dès lors, de considérer que la chambre d'accusation exerce un véritable pouvoir hiérarchique.

Une certaine analogie peut être faite avec la nature du contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juridictions du fond. Quand une violation de la loi est constatée, la décision est annulée et la procédure est renvoyée devant une autre juridiction du même

(89) Voir *supra* n° 244 ; Cass. crim., 22-4-1960 (af. Garbay), D. 1960.654 et les critiques de M. LEVASSEUR, Rev. Sc. crim., 1961, p. 83.

(90) Solution indiquée par l'arrêt du 8-12-1899 (S. 1901.I.153, note Roux). Cette procédure était d'une conformité douteuse : elle nécessitait l'accord des deux magistrats, juge et ministère public. De plus, l'ordonnance de soit-communiqué étant seulement un acte d'administration ne pouvait véritablement permettre la saisine d'une juridiction. On pouvait concevoir qu'il s'agissait d'un contrôle hiérarchique.

(91) Voir Crim., 26-10-1960 ; Bull. Crim., 1960, n° 477, p. 944 ; Crim., 29-1-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 49, p. 97 ; Crim., 11-4-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 110, p. 248.

degré. Il en est de même pour la chambre d'accusation lorsqu'elle examine la régularité des procédures.

Cette comparaison, pour séduisante qu'elle soit, ne nous paraît pas exacte. Si la Cour de cassation est obligée de renvoyer l'affaire, c'est parce qu'elle n'a pas compétence pour examiner le fait. Il en est différemment pour la chambre d'accusation, qui a la possibilité de procéder à l'examen du fond de l'affaire.

En dehors du droit d'ordonner un supplément d'information (art. 205 C.P.P.) (92), cette juridiction peut évoquer la procédure (art. 206). Elle a la même faculté de compléter les instructions soit en étendant la poursuite à des faits connexes (art. 202 C.P.P.), soit en inculpant de nouvelles personnes relativement aux mêmes faits (art. 204) (93).

Ces diverses attributions manifestent un pouvoir différent de la Cour de cassation. Dans ces conditions, l'article 206 est difficilement explicable. Cette procédure serait compréhensible lorsque la chambre d'accusation est saisie à la suite de l'appel d'une ordonnance de clôture, le juge d'instruction ayant épuisé ses pouvoirs. D'ailleurs, en saisissant un autre juge d'instruction, il serait procédé à un supplément d'information tacite (94).

520. — La disposition de l'article 206 al. 3 paraît surprenante, surtout si l'on examine les solutions antérieurement rendues. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la Cour de cassation a décidé qu'une fois la nullité reconnue par la chambre d'accusation, aucun texte de loi ne s'opposait à ce que le même juge d'instruction reprenne et termine la procédure (95).

Il est, en effet, possible de considérer que la constatation des nullités est uniquement un incident de procédure : si le juge n'a pas encore terminé ses recherches, rien ne s'oppose à ce qu'il les continue, et s'il les a terminées, la nullité de certains actes peut avoir pour conséquence d'annuler l'ordonnance de règlement et le magistrat doit reprendre l'information pour la mener à son aboutissement normal.

L'ordonnance du 4 juin 1960, en modifiant la rédaction de l'article 207 offre à la chambre d'accusation une possibilité identique à celle de l'article 206 : « Lorsque, en toute autre matière (que la détention préventive), la chambre d'accusation infirme une ordonnance du juge d'instruction, elle peut soit évoquer et procéder dans les conditions prévues aux articles 201, 202, 204 et 205, soit renvoyer le dossier au juge d'instruction ou à tel autre afin de poursuivre l'information. »

L'application d'un tel texte aboutirait à limiter l'indépendance du juge d'instruction. En effet, le juge désigné à la place du magistrat

(92) Voir ainsi Crim., 20-6-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 214, p. 447.

(93) Voir GUYENOT, précité, Rev. Sc. Crim., 1964, p. 559.

(94) L'article 205, relatif au supplément d'information, permet de confier cette mission à un des membres de la chambre d'accusation ou à un juge d'instruction délégué à cette fin. Ce dernier ne pourrait pas disposer de pouvoirs juridictionnels, cf. *supra*, n° 445 et 446.

(95) Ainsi Crim., 15-2-1913, B. 85 et Crim., 1-5-1924, B. 182.

antérieurement saisi tient ses pouvoirs de la chambre d'accusation et il doit accomplir la mission dont l'a chargé cette juridiction. Au surplus, le premier magistrat ne peut véritablement conduire son information de manière vraiment indépendante. A l'encontre de toute ordonnance, un appel pourra être interjeté dont le résultat amènera son dessaisissement.

521. — Mais la Cour de cassation n'a pas admis que les chambres d'accusation puissent disposer d'un tel pouvoir hiérarchique.

Un juge d'instruction avait été saisi de réquisitions du ministère public tendant à ce que soit décerné un mandat de dépôt contre un inculpé. Le juge repousse la demande du procureur de la République par une ordonnance motivée (art. 82 C.P.P.). Saisie par l'appel du Parquet, la chambre d'accusation prescrit au juge d'instruction de décerner un mandat de dépôt, ainsi qu'à « tout magistrat instruteur régulièrement désigné ».

La Cour de cassation ne manqua pas de censurer une telle injonction. Le procureur général Besson releva cet excès de pouvoir, car le pouvoir de choisir le juge d'instruction n'appartient qu'au président du tribunal. L'arrêt de la chambre criminelle du 22 décembre 1959 (96) mentionne d'ailleurs « que, dans la mesure où cette injonction s'adressait à tout autre juge d'instruction, elle constituait un excès de pouvoir puisqu'elle aboutissait dans un cas non prévu par la loi au dessaisissement, au profit d'un autre magistrat, du magistrat chargé de l'information par décision du président, suivant l'article 83 ».

Il est à souligner, d'ailleurs, que l'ordonnance du 4 juin 1960 a modifié le texte de l'article 207 al. 1 et prévu la conduite de la chambre d'accusation en matière de détention préventive. Toutefois, il nous semble que, s'il advenait à la Cour de cassation de connaître d'informations suivies en vertu des articles 206 al. 3 et 207 al. 2 C.P.P., elle ne statuerait pas de manière différente qu'en 1959, car l'indépendance du juge serait atteinte. En réalité, ces articles signifient que la chambre d'accusation utilise un droit d'évocation tacite avec supplément d'information exécuté suivant l'article 205 C.P.P. (97). Dans ces hypothèses, il importe de remarquer que les pouvoirs du juge d'instruction sont seulement limités aux actes d'information, les actes de juridiction appartenant exclusivement à la juridiction dans son ensemble (98).

Plus récemment, les décisions de la Cour de cassation rendues relativement au contrôle de la régularité des actes témoignent du refus du contrôle hiérarchique au profit du seul contrôle juridictionnel (99).

(96) Crim., 22-12-1959 ; D. 1960, p. 1, conclusions de M. Besson.

(97) En ce sens, note M.R.M.P. ; D. 1961.584, 2^e col. en haut.

(98) Cf. *supra*, n° 447 et ss.

(99) Voir Crim., 5-5-1960 ; Crim., 6-1-1961 ; Crim., 2-11-1960 ; Crim., 1-2-1961 ; Crim., 1-12-1960 ; D. 1961.581, note M.R.M.P.

B. — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL.

522. — Si la loi, par divers procédés, a tendu à instaurer un certain pouvoir hiérarchique, la jurisprudence, en revanche, s'est refusée d'admettre ce contrôle.

Déjà, le 30 décembre 1842 (100), la Cour de cassation annula, dans l'intérêt de la loi et sur les réquisitions du procureur général Dupin, l'arrêt d'une chambre d'accusation qui avait adressé au magistrat une injonction. Un témoin ayant refusé de comparaître, le juge d'instruction décerna à son encontre un mandat d'amener. Le procureur de la République sollicita la condamnation à l'amende, mais le juge ne la prononça pas. Sur l'appel du ministère public, la chambre d'accusation avait ordonné au magistrat de prendre une telle mesure. Dans ces conditions, la chambre criminelle censura l'arrêt, car, ainsi que l'indiquait le procureur général Dupin, c'était porter une atteinte à l'indépendance du juge d'instruction en l'obligeant d'effectuer un acte qui ne correspondait pas à son intime conviction.

De même en était-il dans l'affaire Pesquet, le 22 décembre 1959. Pour avoir prescrit à un juge d'instruction de décerner un mandat, l'arrêt de la chambre d'accusation encourut la cassation. Le procureur général Besson notait dans ses conclusions que « l'injonction portait atteinte à l'indépendance du juge d'instruction qui, ayant statué dans les limites de ses attributions, ne pouvait être contraint à changer sa décision et à faire ainsi un acte contraire à sa conviction ».

De cette manière, la Cour de cassation refuse tout pouvoir hiérarchique. Le juge d'instruction apprécie les éléments nécessaires à la décision rendue en la réformant si c'est nécessaire. Les rapports entre le juge et la chambre d'accusation s'établissent sur la base juridictionnelle.

523. — Dès lors, le contrôle de l'opportunité des actes du juge d'instruction ne peut véritablement exister. Pour MM. Stefani et Levasseur, cet examen interviendrait à l'occasion de l'exercice du droit d'appel des différentes parties au procès (101). Il ne nous semble pas qu'une telle procédure soit conforme au Code de procédure pénale. Le droit d'appel du ministère public ne paraît plus possible envers une simple ordonnance de soit-communié, acte de pure administration de la justice (102). Au demeurant, s'il devait en être ainsi, de nombreuses difficultés se présenteraient.

En réalité, ce contrôle n'apparaît pas utile en cours d'instruction. Le fait d'effectuer un acte de trop ne pourra pas nuire à la manifestation de la vérité. En revanche, si le juge a omis un acte essentiel, il sera toujours temps de le faire exécuter par la suite : la chambre

(100) Crim., 30-12-1842, B. 344.

(101) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^o 721 et 722.

(102) Voir *supra*, n^o 88.

d'accusation ainsi que toute juridiction de jugement a la possibilité de prescrire un supplément d'information. Dans les hypothèses de maladresses les plus graves, la chambre d'accusation pourrait fort bien dessaisir le juge d'instruction en procédant par la voie de l'évocation (103).

En définitive, si la législation nouvelle tend à instaurer un pouvoir hiérarchique, la jurisprudence, en revanche, accentue le caractère juridictionnel des relations entre les deux ordres de juridiction.

La législation.

524. — Instruite des difficultés d'interprétation du Code de procédure pénale, la commission d'études pénales législatives prépara la modification du texte de l'article 207 C.P.P. L'alinéa 1^{er} de la nouvelle rédaction précise que la chambre d'accusation est habile à décerner mandat de dépôt ou d'arrêt lorsque le juge du premier degré avait refusé de le décerner. Par là même se trouve consacré le caractère juridictionnel de cet acte. En revanche, l'alinéa 2 de l'article 207 C.P.P., en autorisant le dessaisissement du premier juge d'instruction en toute autre matière, nous suggère quelques remarques.

D'une part, cette disposition est contraire au principe même de l'appel. En effet, la juridiction saisie par la voie de l'appel est tenue de statuer uniquement sur la question qui lui est posée. Elle ne peut étendre son droit de contrôle à des actes pour lesquels elle n'est pas saisie (effet dévolutif de l'appel). Ainsi, l'appel effectué à propos d'une ordonnance refusant une expertise ne peut autoriser à constater une nullité, pas plus que ne pourrait être prescrit un acte supplémentaire. Si la chambre d'accusation le faisait, ce serait en utilisant la procédure de l'article 201 C.P.P. Mais un acte d'instruction complémentaire doit être ordonné selon la procédure relative aux suppléments d'information (art. 205 C.P.P.). Dans ce cas, le juge d'instruction se trouve totalement dessaisi. La prescription d'un acte isolé ne saurait être admise, sans encourir la censure de la Cour de cassation pour excès de pouvoir. Il faudrait désigner un autre magistrat et, à ce moment, il nous semble qu'il s'agit d'un supplément d'information tacite.

D'autre part, le texte de l'article 207 al. 2 se trouve en contradiction avec le principe général de l'article 187 C.P.P. Aux termes de ce dernier article, le juge d'instruction dessaisi de son dossier à la suite de l'appel effectué contre l'une de ses ordonnances, n'en est pas moins obligé de continuer à poursuivre son information (à l'exception, toutefois, de l'hypothèse de l'appel d'une ordonnance de règlement).

(103) Les auteurs ont principalement réfléchi à l'hypothèse où l'acte du juge a trait à la détention. Mais, précisément, peu de difficultés se présentent, car la chambre d'accusation peut ordonner la détention en réformant l'ordonnance du juge, sans qu'aucune exécution matérielle ne soit à accomplir par un magistrat. La recherche de la vérité ne sera pas influencée par cette décision. Voir les remarques de M. GUYENOT, précité, *Rev. Sc. crim.*, 1964, p. 559, n° 4.

On avait constaté, en effet, que la voie de l'appel était utilisée par les plaideurs comme moyen dilatoire. Le juge d'instruction dépossédé matériellement du dossier ne pouvait plus effectuer les recherches ni réunir les preuves. Pour limiter les retards provenant de motifs extérieurs, ainsi que pour assurer une efficacité à la disposition de l'article 187 C.P.P. autorisant la poursuite de l'instruction, les rédacteurs du C.P.P. ont prévu l'institution du dossier en double exemplaire. L'article 81 al. 2 dispose à cet égard qu'« il est établi une copie des actes ainsi que de toutes les pièces de la procédure ; chaque copie est certifiée conforme par le greffier ou l'officier de police judiciaire commis » (104). L'article C. 143 de la circulaire indique que le juge d'instruction pourra ainsi continuer à instruire tandis que la chambre d'accusation procédera à l'examen de la demande qui lui a été présentée.

525. — En prévoyant d'une part que le juge peut continuer son information, et d'autre part que la chambre d'accusation peut le dessaisir, les textes de l'article 187 et 207 al. 2 se trouvent en conflit.

Plusieurs problèmes peuvent alors se poser. La chambre d'accusation doit-elle tenir compte des éléments nouveaux pour rendre sa décision, et quelle valeur faut-il accorder aux actes accomplis par le juge d'instruction, quand la juridiction du deuxième degré se propose de le dessaisir ?

En principe, l'appel a un effet dévolutif, et la chambre d'accusation ne devrait statuer qu'au vu des éléments en possession par le juge au moment où il a pris sa décision. Mais une telle solution va à l'encontre du principe même de l'instruction préparatoire. Les décisions rendues en cette matière sont essentiellement révisables en fonction des documents réunis au dossier. Le juge peut les modifier si les motifs ayant inspiré la décision primitive ont changé. Obliger la chambre d'accusation au respect strict de l'effet dévolutif de l'appel contredirait le caractère de l'instruction préalable. De plus, il ne servirait à rien de prendre une décision démentie par les nouvelles investigations du juge d'instruction. Cette thèse a été consacrée par un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris, en date du 8 janvier 1960 (105). Saisie sur renvoi de la Cour de cassation dans l'affaire Pesquet, la chambre d'accusation décida qu'elle devait tenir compte des éléments supplémentaires recueillis au cours de l'information menée devant le juge d'instruction.

526. — Si la chambre d'accusation infirme la décision du juge d'instruction, se pose la question du sort des actes effectués. Dans

(104) Pour simplifier le travail des greffes, l'ordonnance du 4 juin 1960 a introduit un nouvel alinéa 3 à l'article 81 C.P.P. permettant d'établir la copie par procédés photographiques ou similaires. Cette copie sera exécutée lors de la transmission du dossier. Le greffier devra en certifier la conformité avec le dossier original.

(105) Paris, 8-1-1960 ; D. 1960, Som. 14.

l'hypothèse du renvoi de la procédure au même juge d'instruction, ce qui est le cas normal, tous les actes accomplis demeurent valables à l'exception de ceux qui découleraient directement de l'ordonnance infirmée. Des arrêts rendus sous l'empire du C.I.C. ont admis que le même juge pouvait reprendre l'instruction de ces affaires (106). Actuellement, les textes l'indiquent expressément (art. 206, art. 207 al. 2 C.P.P.).

Mais si l'information est confiée à un autre magistrat instructeur, la situation est beaucoup plus complexe. Le dessaisissement du juge se produit à partir de l'ordonnance frappée d'appel, et les actes accomplis depuis seront réputés exercés par un magistrat incompetent. Si les chambres d'accusation faisaient une application fréquente de l'article 207 al. 2 C.P.P., la disposition de l'article 187 C.P.P. serait mise en échec.

Le mal-jugé du premier magistrat serait sanctionné sévèrement puisqu'il entraînerait son dessaisissement sans que, pour autant, la chambre d'accusation se réserve la connaissance exclusive de l'affaire (107).

En réalité, la jurisprudence la plus récente intervenue à propos des relations juge d'instruction-chambre d'accusation ne manifeste pas cette tendance au pouvoir hiérarchique.

La jurisprudence.

527. — La Cour de cassation a veillé à ce que la juridiction du deuxième degré n'empiète pas sur les attributions du juge d'instruction. Ainsi, le 14 mars 1929 (108), la chambre criminelle avait connaissance de l'affaire suivante : une procédure était suivie devant un juge d'instruction. A la suite d'incidents de procédure, la chambre d'accusation se trouvait saisie d'un appel. A qui, dans ces conditions, devait être adressée une demande de mise en liberté provisoire ? Au juge d'instruction qui n'était pas dessaisi de la procédure ou à la chambre d'accusation qui détenait matériellement le dossier ? La personne détenue opta pour la seconde hypothèse, peut-être dans le dessein d'obtenir une réponse plus prompte. La chambre d'accusation s'estima compétente pour statuer, mais la Cour de cassation censura la décision en ces termes :

« Pour motiver sa décision, la Cour déclare que la demande dont il s'agit a été formée à une époque où le juge d'instruction, par suite d'incidents de procédure antérieurs, se trouvait momentanément dessaisi du dossier, que cette circonstance de fait ne saurait avoir pour conséquence de modifier la compétence des juridictions et de priver le juge d'instruction demeuré saisi de la poursuite, du droit qu'il tenait des articles 113 et 116 C.I.C., sauf recours devant la chambre

(106) Ainsi Crim., 15-2-1913, B. 85 ; Crim., 1-5-1924, B. 182.

(107) Voir, pour un cas d'application, Crim., 29-1-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 49, p. 97.

(108) Crim., 14-3-1929, B. 92.

des Mises. En statuant ainsi, la Cour a commis un excès de pouvoir. » L'appel, en effet, n'a pu saisir la juridiction du deuxième degré de la connaissance de la totalité de la procédure.

Sous l'empire des textes du Code de procédure pénale, la Cour de cassation statue de la même façon. En est témoin un arrêt rendu le 11 janvier 1961 (109). La chambre d'accusation de Besançon connaissait de l'appel d'une ordonnance du juge d'instruction rendue en matière d'expertise. Devait-elle examiner une demande de mise en liberté provisoire ? Le détenu avait cru opportun de présenter directement sa demande, mais la Cour la rejeta. Loin d'admettre l'argument selon lequel le juge d'instruction se trouvait dessaisi par suite de l'appel, la chambre criminelle reconnut pleine efficacité à l'article 187 C.P.P. autorisant le juge d'instruction à poursuivre son information, sauf décision contraire de la chambre d'accusation. Le magistrat instructeur avait donc qualité pour statuer sur la détention préventive. Ainsi que le souligne J.M.R., l'application de l'article 187 vise principalement à décourager les appels dilatoires, tout en luttant contre l'attitude de certains magistrats qui attendent qu'il soit statué sur une décision mineure avant de poursuivre leur enquête. Ainsi, la Cour de cassation affirme solennellement que le contrôle est uniquement juridictionnel et qu'il ne saurait déborder sur des questions dont la Cour ne se trouve pas saisie.

528. — C'est surtout relativement à la régularité des actes d'instruction que la Cour de cassation vient de statuer par de nombreux arrêts. Ce contrôle de la régularité avait été envisagé par certains auteurs au moyen du droit d'appel (110). Traditionnellement, avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, la Cour de cassation avait jugé que le droit d'appel des parties privées, notamment celui de l'inculpé, devait être limité aux prévisions de la loi (111). Neuf arrêts rendus à propos de l'application du Code de procédure pénale refusent l'opinion doctrinale.

Déjà, le 28 octobre 1959 (112), la Cour de cassation déclare irrecevable un pourvoi formé contre l'arrêt d'une chambre d'accusation qui avait refusé d'examiner une demande de nullité alors qu'elle se trouvait saisie d'un appel concernant la détention préventive.

Beaucoup plus nette est la solution donnée le 2 novembre 1960 (113). Un inculpé avait formé appel d'une décision du juge d'instruction concernant la recevabilité d'une constitution de partie civile. En même temps, l'inculpé avait présenté une requête tendant à ce que la chambre d'accusation statue sur la régularité de certains

(109) Crim., 11-1-1961, B. 20 ; D. 1961.196, note J.M.R. ; J.C.P. 1961.II.12141 ; (obs. Chambon, J.C.P. 1961.I.1627).

(110) En ce sens, STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 721 ; voir aussi GUYENOT, précité, *Rev. Sc. crim.*, 1964, p. 559.

(111) Voir ainsi 6-7-1905, B. 338.

(112) Crim., 28-10-1959, B. 452.

(113) Crim., 2-11-1960, B. 496 ; D. 1961.581, note M.R.M.P.

actes de l'instruction. En principe, cette demande aurait pu être examinée. M. Brouhot soutenait, en effet : « Aux termes de l'article 206, la chambre d'accusation sera tenue de vérifier, même d'office, la régularité des procédures qui lui seront soumises. Elle pourra le faire, également, estimons-nous, dans tous les cas » (114). La chambre criminelle n'admit pas un tel raisonnement. Saisie de l'appel formé par un inculpé contre l'ordonnance du juge d'instruction ayant statué sur la recevabilité de la constitution de partie civile, la chambre d'accusation n'est tenue de se prononcer que sur ce chef; elle n'a pas à examiner l'irrégularité prétendue d'actes qui sont sans rapport avec l'ordonnance entreprise.

529. — Le souci de la Cour de cassation est de faire respecter la règle de l'effet dévolutif de l'appel (115). Dans certaines hypothèses, la Cour de cassation était saisie d'arrêts de chambre d'accusation qui avaient statué au fond, bien que la demande eût dû être déclarée irrecevable. S'agissant d'arrêts d'instruction, la chambre criminelle décida qu'elle ne pouvait les examiner du moment que la procédure particulière des articles 570 et 571 C.P.P. n'avait pas été suivie (une requête doit être présentée au président de la chambre criminelle pour faire déclarer le pourvoi immédiatement recevable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice).

Un arrêt du 31 octobre 1961 (116) marque une nouvelle étape dans la jurisprudence de la chambre criminelle. En l'espèce, la Cour de cassation était saisie d'un arrêt d'une chambre d'accusation qui, outre la question de la détention préventive, avait apprécié certains actes d'instruction. Il est affirmé, à nouveau, que les dispositions de l'article 186 al. 1 et 3 C.P.P. sont limitatives et que l'inculpé ne pourrait, par ce moyen, faire contrôler la régularité d'actes n'intéressant en rien la détention. L'élément nouveau apporté par cette décision réside dans le prononcé de la cassation de l'arrêt. La chambre d'accusation n'ayant aucune qualité pour statuer sur ce point, l'arrêt a été cassé par voie de retranchement.

530. — La même solution serait adoptée si une chambre d'accusation statuait sur l'appel formé par l'inculpé à l'encontre d'une ordonnance non prévue à l'article 186 C.P.P. Tel était le cas de l'hypothèse soumise à la Cour de cassation le 5 mai 1960 (117). Un inculpé prétendait certains actes irréguliers. Il sollicita du juge d'instruction la mise en œuvre de la procédure de l'article 171 C.P.P. Le juge refusa et l'inculpé fit appel de cette ordonnance de refus. La chambre d'accusation confirma l'acte du juge en reconnaissant la

(114) BROUCHOT, « La chambre d'accusation », J.C.P. 1959.I.1485, n° 15. 3°.

(115) Ainsi Crim., 6-1-1961, B. 1 et B. 6 ; Crim., 26-1-1961, B. 55 ; Crim., 1-2-1961, B. 62 ; Crim., 31-5-1961, B. 276 ; Crim., 5-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.17.

(116) Crim., 31-10-1961, B. 432.

(117) Crim., 5-5-1960, B. 243 ; D. 1961, p. 581, note M.R.M.P. Voir aussi Crim., 16-5-1962 ; J.C.P. 1962.IV.90.

régularité des perquisitions. La Cour de cassation ne manqua pas de casser une telle décision, car la chambre d'accusation aurait dû déclarer la demande irrecevable. La note M.R.M.P. montre bien qu'il ne saurait être question de reconnaître de manière indirecte un droit qui n'est pas offert aux parties.

Des arrêts de la Cour de cassation rendus depuis la promulgation du C.P.P. se dégagent un refus de tout pouvoir hiérarchique de la chambre d'accusation. Les relations entre le juge d'instruction et cette juridiction s'établissent sur la seule base juridictionnelle. De cette manière, le juge d'instruction se révèle indépendant pour la conduite de l'information. Cependant, n'est-il pas à craindre que les pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation, introduits par le C.P.P., n'instaurent une limitation à l'indépendance du magistrat instructeur.

§ 2. — Les attributions du Président de la Chambre d'accusation (118).

531 — En voulant garantir l'indépendance du juge d'instruction, les rédacteurs du Code de procédure pénale n'ont pas entendu, pour autant, l'abandonner dans une angoissante solitude. Ils lui ont permis de recourir à un magistrat placé à un degré supérieur dans la hiérarchie judiciaire.

Les juges d'instruction, en effet, ne sont toujours pas des magistrats spécialisés. Comme par le passé, ils sont choisis parmi les jeunes magistrats, en province. Malgré l'institution du Centre national d'études judiciaires, la formation des juges pénaux, des juges d'instruction notamment, n'est pas assurée de manière distincte. Certes, divers stages sont prévus auprès des cabinets d'instruction ou au Parquet, mais il aurait été opportun de fournir des enseignements de criminologie, de sociologie et de psychologie pour que le juge, sans devenir un spécialiste, puisse apprécier plus directement les personnes qui se trouveront en face de lui. Pour pallier cette carence, le C.P.P. a établi une sorte de tuteur, en la personne d'un magistrat indépendant, chargé de surveiller et de contrôler les cabinets d'instruction.

A. — LA DÉSIGNATION DU MAGISTRAT.

532. — L'article 191 C.P.P. prévoyant que toute chambre d'accusation devait être composée d'un président exclusivement attaché à ce service, il parut normal de lui confier certaines attributions particulières. Il s'agit, en effet, d'un membre d'une Cour d'appel et d'un magistrat du siège. De plus, son caractère fixe lui permettra

(118) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 533 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1113 et 1330.

réellement d'exercer un contrôle. L'article 219 al. 1 C.P.P. dispose à cet égard que cette fonction est normalement dévolue au président de la chambre d'accusation. S'il existe plusieurs chambres au sein de la même cour d'appel, il appartiendra à l'assemblée générale de la Cour de désigner lequel des présidents de chambre pourra exercer les pouvoirs définis aux articles 220 à 223 C.P.P. Si ce magistrat se trouve empêché pour quelque cause que ce soit, absence ou maladie, l'assemblée générale de la cour d'appel sera appelée à déterminer quel magistrat remplira cette mission. L'alinéa 2 de l'article 219 précise que la personne désignée doit être un magistrat du siège appartenant à la Cour.

Mais le président de la chambre d'accusation peut fort bien ne pas vouloir accomplir personnellement sa mission. Il peut en charger une tierce personne. Pour assurer une garantie identique à tous les juges d'instruction, l'alinéa 3 de l'article 219 C.P.P. dispose : « Le président peut, pour des actes déterminés, déléguer ses pouvoirs à un magistrat du siège appartenant à la chambre d'accusation. »

Ainsi, la loi manifeste le souci de préserver l'indépendance du juge d'instruction. Malgré les critiques adressées, cette innovation paraît justifiée (119). Sous le régime du C.I.C., la qualité d'officier de police judiciaire plaçait le juge d'instruction sous la surveillance du procureur général. Ce dernier aurait pu exercer une influence sur le juge d'instruction, bien que l'on ait souvent montré que les relations entre l'instruction et le Parquet dépendaient beaucoup plus des caractères en présence que des textes. Mais, en rendant totalement indépendants les juges d'instruction, il convenait aussi de trouver un organe susceptible d'aider les magistrats.

Si M. Brouhot estime que « les fonctions de juge d'instruction sont trop délicates et trop périlleuses pour qu'elles puissent échapper à tout contrôle et à toute surveillance », il nous semble qu'il est utile et nécessaire non pas tant d'instituer un contrôle que de permettre au juge en difficulté d'obtenir un conseil d'un magistrat plus expérimenté. Ce magistrat également doit être indépendant et c'est la raison pour laquelle il doit être choisi parmi les magistrats du siège. Mais va-t-il, pour autant, devenir « le chef du service de l'information » ? C'est poser la question des pouvoirs attribués à ce magistrat.

B. — LES POUVOIRS DU PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION (120).

533. — Deux conceptions du contrôle peuvent être envisagées : ou bien le magistrat dispose de pouvoirs de surveillance, ou bien il peut intervenir dans le déroulement de la procédure. Le projet gou-

(119) Ainsi BROUCHOT, « La chambre d'accusation », J.C.P. 1959.I.1485 ; Rev. Sc. crim., 1959, p. 327, n° 9 ; STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 418.

(120) Cf. BROUCHOT, « La chambre d'accusation », Rev. Sc. crim., 1959, p. 327, n° 9 ; STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 720 (Voir aussi n° 704, 2^e al.).

vernemental était ainsi conçu : « Le président de la chambre d'accusation surveille et contrôle le cours des informations suivies dans tous les cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel. » Ce texte constituait un germe de pouvoir hiérarchique. En effet, cette surveillance aurait amené le président de la chambre d'accusation, dans les affaires importantes, à exercer des pressions sur le magistrat instructeur. Ce dernier, en plus de l'obligation morale qu'il aurait de déférer à la demande d'un supérieur hiérarchique, pourrait être amené à satisfaire les désirs d'une personne qui peut exercer sur le déroulement de sa carrière un rôle considérable. Le président de la chambre d'accusation a le pouvoir de notation des juges d'instruction et tient, en quelque sorte, leur carrière entre ses mains.

D'autre part, si le juge n'avait pas cru devoir satisfaire la sollicitation du président, à la première occasion, celui-ci aurait fait prévaloir son opinion. Par l'appel d'une ordonnance, émané de l'une des parties, la chambre d'accusation aurait pu procéder à l'examen de l'affaire. Or, dans une juridiction possédant un membre permanent, il est naturel que ce membre joue un rôle prépondérant, en raison de sa plus grande aptitude à connaître le dossier.

Dans ces conditions, le président de la chambre d'accusation risque de faire prévaloir son avis, en réformant la décision prise par le juge d'instruction, et en faisant application soit de l'article 206, al. 3, soit de l'article 207, al. 2. En d'autres termes, la chambre d'accusation aurait pu dessaisir le juge d'instruction qui n'a pas obtempéré aux demandes du président. De cette façon, s'établirait un véritable pouvoir hiérarchique, et le juge d'instruction se révélerait un jouet entre les mains du président de la chambre d'accusation, sans aucune indépendance.

534. — Devant les conséquences d'un tel texte, le Sénat en commission, y apporta des modifications, car loin d'amener une amélioration, il aurait dégradé l'institution du juge d'instruction (121). Un contrôle beaucoup plus souple a donc été admis.

L'article 220 C.P.P. est ainsi rédigé : « Le président de la chambre d'accusation s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel. Il vérifie notamment les conditions d'application des alinéas 4 et 5 de l'article 81 et s'emploie à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié. »

Le rôle du président de la chambre d'accusation est d'ordre purement administratif : il s'enquiert du bon fonctionnement des cabinets d'instruction. Pour ce faire, chaque juge d'instruction est tenu d'établir un état de toutes les affaires qui lui ont été confiées. En même temps, il précisera, à propos de chaque affaire, la date du dernier acte

(121) Sous l'empire du C.I.C., il pouvait être porté remède au manque d'indépendance du juge d'instruction par l'intervention de la chambre d'accusation. Désormais, la situation préconisée aurait été plus mauvaise puisque l'indépendance de l'instruction n'aurait pu être assurée. En fait, aurait été supprimé un degré de juridiction.

d'instruction effectué. Cet état sera adressé chaque trimestre (art. 221, C.P.P.). De cette manière, le président de la chambre d'accusation pourra apprécier si le juge d'instruction remplit bien sa fonction, en informant dans les délais les plus brefs.

La première mission du président consiste donc à éviter les retards injustifiés. Au besoin, il pourrait se déplacer et prendre une connaissance directe du fonctionnement des cabinets d'instruction. Il ne pourrait faire aucune suggestion se rapportant à telle affaire particulière, mais il pourrait conseiller au juge d'être plus vigilant dans la conduite des informations.

Le seconde mission amène le président à veiller à l'usage fait des commissions rogatoires. Le juge ne doit pas se décharger trop facilement sur des tiers pour procéder aux actes d'instruction. Parfois, le juge d'instruction ne peut matériellement accomplir certains actes. Il en est ainsi pour l'enquête de personnalité. De même, en raison du nombre important de dossiers qui lui sont confiés, il lui est impossible de procéder lui-même à toutes les constatations. Il importe, cependant, qu'un contrôle soit exercé sur les délégations judiciaires, aussi bien quant à leur prononcé que relativement à leur exécution. La commission rogatoire étant un acte de pure administration de la justice, il est logique qu'elle soit contrôlée par un magistrat disposant d'attributions purement administratives.

535. — Mais, la mission principale du président de la chambre d'accusation fera de lui le suprême gardien et protecteur de la liberté individuelle.

Ce magistrat recevra sur un état séparé la liste des affaires dans lesquelles les inculpés se trouvent en détention préventive. Ainsi averti tous les trois mois de l'état de ces affaires, il pourra intervenir personnellement pour examiner si toutes diligences nécessaires ont été effectuées. Il pourrait, à cette occasion, solliciter du juge plus de soins pour que la situation de tel inculpé soit examinée au plus tôt.

D'autre part, le président de la chambre d'accusation a l'obligation de visiter les maisons d'arrêt de son ressort au moins une fois par trimestre (art. 222 C.P.P.). Il vérifiera la situation des inculpés en état de détention préventive. Eventuellement, il entrera en contact personnel avec les inculpés et les déclarations obtenues pourront l'inciter à saisir la chambre d'accusation pour examiner le sort de certains détenus. L'article 223 C.P.P. lui permet, en effet, de « saisir la chambre d'accusation afin qu'il soit, par elle, statué sur le maintien en détention d'un inculpé en état de détention préventive ».

Le président de la chambre d'accusation intervient pour garantir la liberté individuelle. Il s'agit là d'un pouvoir exorbitant du droit commun, permettant au président d'une juridiction de la saisir. En réalité, cela tient au caractère de la détention préventive : mesure exceptionnelle destinée à assurer la participation de l'inculpé à l'instruction, elle ne doit pas être prolongée trop longtemps. Si la mesure

de sûreté n'est plus nécessaire, la détention doit cesser au plus tôt, car elle se révélerait l'exécution d'une peine avant toute condamnation. Il importe de remarquer que le fait de statuer sur la détention de l'inculpé n'entraîne nullement l'exercice d'un pouvoir hiérarchique, car toute détention préventive injustifiée peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de la chambre d'accusation.

Tels qu'ils sont conçus actuellement, les pouvoirs du président de la chambre d'accusation ne peuvent d'aucune manière évoquer un pouvoir hiérarchique : ils sont uniquement destinés à assurer le bon fonctionnement de la justice répressive. L'indépendance du juge d'instruction se trouve sauvegardée. Mais l'instruction ne se suffit pas à elle seule. Si la loi a prévu et réglementé une telle phase, c'est pour préparer le travail des juridictions du jugement. Il importe de rechercher les relations existant entre les juridictions d'instruction et celles de jugement.

SECTION III

L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION A L'EGARD DES JURIDICTIONS DE JUGEMENT

536. — Le Code de procédure pénale, dans son article 49, al. 2 dispose : « le juge d'instruction ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction ». Ainsi, se trouve affirmée l'indépendance des juridictions de jugement : la loi a voulu que le magistrat chargé d'examiner la culpabilité et de prononcer une peine soit réellement indépendant.

Cette règle dérive des principes admis par le Code d'instruction criminelle. Solution de transaction entre la procédure secrète de l'ancien droit, et celle accusatoire de la période révolutionnaire, le C.I.C. emprunta à cette dernière la procédure de jugement. Le principe de l'oralité des débats domine la phase du jugement : les juges ne peuvent fonder leur conviction que sur des éléments débattus publiquement. Admettre un juge d'instruction à participer à la juridiction de jugement conduirait à reconnaître un droit de prééminence au profit de l'instruction puisque le juge serait encore empreint des éléments connus au cours de la procédure.

Cependant, le C.I.C. consacra partiellement un tel point de vue. L'interdiction de siéger n'est édictée qu'en matière criminelle (art. 257 C.I.C.). « Les membres de la cour d'appel qui auront voté sur la mise en accusation ne pourront, dans la même affaire, ni présider les assises, ni assister le président à peine de nullité. Il en sera de même à l'égard du juge d'instruction ». La loi du 8 décembre 1897, par son article premier, a uniformisé la règle, qui est considérée com-

me une incompatibilité frappant le juge d'instruction. C'est la formule de cet article qui est reprise à l'article 49, al. 2 C.P.P.

Ce principe est donc consacré dans notre droit positif de manière très nette. Le plus souvent, il est envisagé d'un point de vue négatif : sous l'angle de l'interdiction à toute personne qui a effectué un acte d'instruction de participer au jugement de la même affaire (122). En réalité, après avoir reconnu ce principe, il est nécessaire d'y apporter une correction, car il ne s'agit que d'un acte d'instruction préparatoire. Aussi, au lieu d'examiner la règle de l'interdiction du cumul des fonctions, il convient plutôt de se demander s'il ne faut pas parler précisément de l'indépendance des juridictions de jugement à l'égard de celles d'instruction.

Toute juridiction de jugement a la faculté d'apprécier les éléments recueillis. De plus, ayant le devoir de juger, elle possède le droit d'ordonner une information complémentaire, qu'elle confiera à l'un de ses membres. Ainsi la juridiction de jugement sera indépendante. Il existe, toutefois, un corollaire à ce principe : la juridiction de jugement ne pourra pas intervenir pour modifier les actes effectués au cours de l'information.

537. — On s'est demandé s'il ne conviendrait pas d'apporter une modification à la règle du non-cumul des fonctions. A la partialité du juge, il est répondu par l'intérêt du délinquant. Le juge d'instruction a connu l'inculpé au cours de la procédure : il a enregistré ses réticences, ses explications; il a pu procéder, même, à l'examen de sa personnalité.

Déjà l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, a ouvert une brèche dans le principe du respect des droits de la défense, en ce domaine. Le juge des enfants est à la fois magistrat instructeur et juge de jugement, susceptible de prononcer les sanctions les moins graves. Même pour prononcer les sanctions les plus sévères, en matière de délits, le juge des enfants ne se trouvera pas écarté : il présidera le tribunal pour enfants.

Convient-il d'envisager une réforme de la procédure de jugement des délinquants majeurs ? En d'autres termes, est-il souhaitable de lever l'interdiction faite au juge d'instruction de participer au jugement des affaires qu'il a instruites ?

Cette question a été posée lors des journées de Science criminelle de Strasbourg en 1953, par M. le professeur Levasseur (123). Après avoir montré que le juge d'instruction n'est nullement contrôlé — ni dans ses pouvoirs d'instruction, ni dans ses pouvoirs de juridiction — par la juridiction de jugement, M. Levasseur se demande s'il convient encore d'exclure du jugement celui qui a déjà un préjugé sur la culpabilité du prévenu. Depuis l'introduction, en droit pénal contemporain,

(122) Ainsi STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 229.

(123) Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Tome II, notamment p. 83.

des idées de réadaptation si bien dégagées par la doctrine de la « Défense sociale nouvelle » (124), la mesure prise à l'égard du délinquant doit tenir compte de la personnalité de celui-ci, en plus de l'acte commis. Dans ces conditions, il apparaît peu judicieux de ne pas autoriser le juge d'instruction à participer au jugement. M. Levasseur invoque, de surcroît, l'exemple du juge des enfants. Un certain assouplissement au principe devrait être apporté, malgré les risques d'un tel procédé.

538. — Pour notre part, nous formulerons deux observations. Tout d'abord, il semble qu'une telle institution ne pourrait fonctionner que dans la mesure où le procès pénal serait orienté principalement en vue du prononcé d'une mesure de défense sociale. Malgré les études doctrinales qui ont été effectuées sur la possibilité d'instaurer la scission du procès pénal en deux phases (125), la procédure pénale est demeurée fidèle au système classique. Le C.P.P. a confirmé ce point de vue en conservant les trois juridictions de jugement créées au début du XIX^e siècle.

En revanche, l'examen de la personnalité du délinquant a été introduit dans la procédure pénale. Il apparaît comme un acte d'instruction, et comme tel confié au pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction. Mais surtout, si la décision émane du juge, l'exécution ne sera pas son fait. Un psychiatre effectuera l'examen mental de l'inculpé, ou bien un examen médico-psychologique sera accompli par un médecin ou un psychologue. L'enquête de personnalité prescrite par le juge sera exécutée par un officier de police judiciaire ou une personne habilitée par le ministre de la Justice (art. 81, al. 6 C.P.P.).

Dans ces conditions, le juge d'instruction n'a pas connaissance directement de la personnalité de l'inculpé, tout ce qu'il saura de lui proviendra de la lecture des documents adressés. Le juge de jugement pourra obtenir cette même connaissance en examinant le dossier de personnalité. D'autre part, un contact direct est établi au stade du jugement par l'intermédiaire de l'interrogatoire du prévenu ou de l'accusé.

En définitive, nous estimons qu'il ne paraît pas utile de modifier la règle de l'interdiction du cumul des fonctions, et ce pour assurer une meilleure garantie aux droits de la défense. Connaissant trop bien le dossier, le juge d'instruction risque de confirmer le point de vue qu'il avait adopté la première fois. On aboutirait, en fait, à conférer aux juridictions d'instruction le soin de décider de la culpabilité et le procès pénal se trouverait scindé en deux phases.

(124) Marc ANCEL, « La défense sociale nouvelle », Paris, Cujas, 1954.

(125) Voir l'ouvrage publié sous la direction de M. ANCEL, « L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant », et, plus particulièrement, les études M. ROLLAND, « La scission du procès en deux phases », p. 135, VOUIN, « La division du procès pénal en deux phases », p. 169, et de M. CHAZAL, « La césure du procès pénal et la procédure du tribunal pour enfants », p. 187.

Tel n'est pas le point de vue du législateur qui entend conserver à la juridiction de jugement son indépendance. Pour étudier les relations qui existent entre le juge d'instruction et les juridictions de jugement nous montrerons le principe de l'indépendance respective des deux ordres avant de présenter les interférences qui se manifestent.

§ 1. — L'indépendance respective du juge d'instruction et de la juridiction de jugement.

539. — Cette indépendance peut se manifester de deux manières : l'indépendance peut résulter tout d'abord du fait que les membres chargés de ces diverses fonctions seront différents. L'interdiction du cumul manifeste un premier aspect. Mais, bien plus, cette indépendance résultera des pouvoirs reconnus aux juridictions de jugement sur les actes effectués au cours de l'instruction.

A. — L'INDÉPENDANCE RÉSULTANT DE L'INTERDICTION DU CUMUL.

540. — Le Code d'instruction criminelle n'avait réglementé cette hypothèse qu'en matière criminelle (art. 257). La jurisprudence n'étendit pas les dispositions de cet article. Devant les juridictions autres que la cour d'assises, la présence du magistrat-instructeur ne pouvait être une cause de nullité de la procédure. Cette solution a été consacrée par plusieurs arrêts en matière de délits correctionnels (126). La situation aurait été identique si l'infraction avait été une contravention. Mais elle n'a pu se présenter de manière concrète du fait que l'instruction ne pouvait être ouverte directement pour une contravention (à moins d'une erreur de qualification) et en raison de la situation particulière du juge de paix dans la hiérarchie judiciaire.

La loi du 8 décembre 1897 a généralisé cette institution en édictant que « le juge d'instruction ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites » (art. 1^{er}). Pour examiner à quelles conditions le juge d'instruction est exclu de la juridiction de jugement, il convient de s'interroger sur le fondement de la règle.

Si le juge d'instruction — ou les membres de la chambre d'accusation — sont écartés, c'est peut-être parce qu'ils ont statué sur les chances qu'avait un prévenu de faire l'objet d'une condamnation devant une juridiction de jugement. Malgré l'interdiction faite aux juridictions d'instruction de statuer directement ou indirectement sur la culpabilité (127) des personnes qui ont fait l'objet de l'instruction

(126) En ce sens : Crim., 23-3-1860, B. 83 ; Crim., 24-7-1874, B. 213 ; Crim., 22-10-1896, B. 295. Le juge d'instruction pouvait ainsi participer tant au jugement de première instance qu'à l'arrêt d'appel.

(127) Voir un arrêt ancien de la Cour de cassation, du 17-11-1826 (B. 229), qui décide que les chambres d'accusation n'ont que le droit et le pouvoir d'apprécier les charges et les indices que présente l'instruction. Il ne saurait leur appartenir de décider s'il existe ou non des preuves de culpabilité. Dès lors, serait

préparatoire, ce serait à raison de l'utilisation de pouvoirs juridictionnels, que pourrait être fondée l'interdiction de participation à la juridiction de jugement. Tel sera le premier point de notre recherche. Nous devons ensuite nous pencher sur le sens des mots « affaires qu'il a instruites », devenus « affaires qu'il a connues en sa qualité de juge d'instruction » pour savoir à quelles conditions un juge pourra être écarté de la juridiction de jugement.

1. — *Le fondement de l'interdiction.*

541. — Historiquement, le fondement de l'article 257 C.I.C. résidait dans le fait que les juges avaient déjà statué sur l'affaire. Le libellé même de l'article ne laissait subsister aucun doute. « Les membres de la Cour... qui auront voté sur la mise en accusation ». Mais l'alinéa second apportait un démenti à ce principe puisque l'interdiction visait aussi le juge d'instruction. Or, jusqu'à l'intervention de la loi du 17 juillet 1856, les attributions juridictionnelles étaient exercées par la chambre du conseil du tribunal, que ce soit pour statuer sur la détention préventive ou pour la mise en prévention. L'incompétence du juge d'instruction tenait à sa personne beaucoup plus qu'aux actes qu'il avait pu effectuer. Ainsi, la Cour de cassation avait pu décider que les magistrats composant la chambre du conseil ne devaient pas être écartés de la cour d'assises (128).

Faustin Hélie en donnait la raison par le fait qu'il fallait distinguer selon que le magistrat avait pu ou non se former une opinion. S'il n'effectuait qu'un acte d'instruction isolé, il ne pouvait réellement obtenir une connaissance de l'affaire, il en allait différemment s'il avait procédé à une série d'actes « qui ne peut être faite que par cette connaissance » (129). Il ne convenait donc pas d'étendre l'incompatibilité de l'article 257 C.I.C.

542. — Après la réforme de la juridiction d'instruction du premier degré, la question aurait pu être résolue de manière identique que pour la chambre d'accusation : l'incompatibilité proviendrait de l'utilisation de pouvoirs de juridiction. Or, il n'en a pas été ainsi, et le Code de procédure pénale a consacré la jurisprudence rendue en cette matière.

Si l'article 49 al. 2 C.P.P. indique que le juge d'instruction « ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales

nul l'arrêt qui déclare n'y avoir lieu à poursuites ultérieures pour le motif que la procédure n'offre pas des éléments suffisants pour établir la conviction.

(128) Ainsi Crim., 26-8-1853, B. 434 et Crim., 27-5-1832, B. 170.

(129) Nous n'examinerons pas l'interdiction tenant à l'exécution d'un acte de poursuite antérieur. Tout membre du ministère public ne pourrait participer à une juridiction connaissant de la même affaire (Voir à cet égard, Crim., 15-3-1960, B. 148) ; F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome VII, n° 3116. Nous n'examinerons pas non plus la finale de l'article 253 C.P.P., relatif à une erreur de la qualification primitive. Voir pour les limites de l'incompatibilité tenant à l'exécution d'un acte de poursuite : Crim., 17-12-1964 ; J.C.P. 1965.II.14042, note Combaldieu.

dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction », l'article 253 C.P.P. relatif à la composition de la cour d'assises prévoit que « ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision, sur le fond, relative à la culpabilité de l'accusé ».

Ainsi l'interdiction en ce qui concerne la procédure préparatoire devant le juge d'instruction tient à l'exécution d'un acte d'instruction, tandis que pour la juridiction d'instruction du deuxième degré, l'interdiction se fonde sur la participation à l'arrêt de mise en accusation (130).

L'interdiction relative au juge d'instruction.

543. — Dès le 1^{er} août 1829 (131), la Cour de cassation affirme que le juge d'instruction mentionné à l'article 257 al. 2 C.P.P., n'est pas seulement celui qui a été chargé de l'instruction à titre principal, mais aussi tout magistrat qui a remplacé le juge d'instruction empêché. Un interrogatoire effectué par un juge l'écartera de la juridiction de jugement.

Une commission rogatoire aboutira au même résultat. Si un juge a été commis pour interroger un individu prévenu de complicité, il ne pourra juger l'accusé principal même si le complice est mis hors de cause. En réalité, dans cette espèce, le juge n'avait pas seulement procédé à l'interrogatoire, mais il avait aussi confronté le complice et l'accusé principal, en sorte qu'il avait pu se forger une opinion de l'affaire (132).

Cette interdiction s'étend également au magistrat qui a délivré un mandat d'amener contre l'accusé et a donné une commission rogatoire à l'effet d'entendre des témoins (133).

Ainsi l'interdiction se fonde sur la participation à des actes d'instruction. Dès lors, si l'information est reprise sur charges nouvelles, l'incompatibilité s'étend aux auteurs des premiers actes d'instruction ayant amené l'ordonnance de non-lieu. La Cour de cassation en a décidé ainsi à plusieurs reprises (134). Notamment, le 3 juillet 1834, il a été jugé que le juge chargé par intérim de présenter le rapport au sein de la chambre du conseil ne pouvait participer à la juridiction de jugement lorsque la poursuite avait été reprise sur charges nouvelles.

(130) Il est hors de notre propos d'examiner la disposition finale de l'article 253 C.P.P., qui fait allusion aux hypothèses de qualification erronée des faits considérés. Si le tribunal correctionnel a la possibilité de se déclarer incompétent, une telle décision ne réalise pas une « décision sur le fond relative à la culpabilité ».

(131) Crim., 1-8-1829, B. 174 ; D.P. 1829.I.318.

(132) Crim., 4-11-1830, B. 245 ; D.P. 1831.I.22.

(133) Crim., 16-8-1844, B. 291 ; D.P. 1844.4.114.

(134) Crim., 29-5-1834, B. 160 ; Crim., 3-7-1834, B. 203 ; Crim., 18-9-1884, B. 278 ; Crim., 14-12-1911, B. 580.

A nouveau, une telle solution vient d'être rappelée, par un arrêt en date du 14 janvier 1953 (135). Dans cette espèce, le magistrat avait seulement instruit par suite de l'empêchement du juge titulaire, et il s'était borné à délivrer des commissions rogatoires. Enfin la phase préparatoire à laquelle il avait collaboré avait été close par une ordonnance de non-lieu. Reprise sur charges nouvelles, l'affaire avait été renvoyée devant la cour d'assises à laquelle ce magistrat était assesseur. Aussi la Cour de cassation ne manqua pas de censurer l'arrêt rendu dans ces conditions.

Le fait même d'ordonner l'exécution d'actes par l'intermédiaire de commissions rogatoires constitue, en effet, l'accomplissement d'actes d'instruction entraînant l'incompatibilité.

544. — A l'égard de la cour d'assises, si l'exécution d'un acte d'instruction empêche un juge de siéger, il convient de remarquer que ne pourront être jurés ceux qui ont exercé une mission de police judiciaire. L'article 257 C.P.P. dispose dans son dernier alinéa « Nul ne peut être juré dans une affaire où il a accompli un acte de police judiciaire ou d'instruction ou dans laquelle il est témoin, interprète, dénonciateur, expert, plaignant ou partie civile ».

Cette disposition figurait déjà au C.I.C., à l'article 383 (à l'article 392 entre la loi du 21 novembre 1872 et l'ordonnance du 17 novembre 1944). « Nul ne pourra être juré dans la même affaire où il aura été officier de police judiciaire, témoin, interprète, expert ou partie. »

La jurisprudence a été amenée à déclarer qu'un maire ne pouvait être juré parce qu'il avait rempli des fonctions d'officier de police judiciaire (136). Un arrêt du 4 juin 1874 (137) a même reconnu l'impossibilité, pour un maire, d'être juré dans une affaire où, à la demande du Parquet, il avait pris des renseignements sur l'état mental de l'inculpé. La Cour de cassation a motivé sa décision en considérant que cette personne avait rempli des fonctions de police judiciaire. En réalité, le maire avait collaboré à la procédure d'instruction en fournissant des renseignements sur la personnalité de l'inculpé (138).

Que fallait-il décider en ce qui concerne le greffier du juge d'instruction ? Il est bien évident qu'il ne fait pas des actes d'instruction, de même qu'il n'est pas officier de police judiciaire. Cependant, il acquiert une connaissance du dossier et des charges. C'est ce que constate un arrêt de la chambre criminelle du 5 octobre 1849 (139) : le greffier est nécessairement attaché à la personne du juge d'instruction, ainsi accomplit-il avec le juge un transport sur les lieux, entend-il

(135) Crim., 14-1-1953, B. 16.

(136) Voir notamment, Crim., 7-11-1822, B. 163, pour un maire ; Crim., 4-9-1840, B. 249, pour un suppléant de juge de paix. De même Crim., 21-3-1839, B. 95, où un maire avait constaté le fait imputé.

(137) Crim., 4-6-1874, B. 152.

(138) Les fonctions de maire ne sont pas, en elles-mêmes, incompatibles, Crim., 28-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 341, p. 719.

(139) Crim., 5-10-1849 ; D.P. 1849.5.80.

les témoins. De plus, tous les actes d'instruction seront signés par le juge et le greffier (art. 76 C.I.C.). Aussi « s'il n'est pas un officier de police judiciaire dans le sens restreint de cette expression, il est cependant incontestable qu'il prend une part nécessaire à l'instruction, que ses fonctions s'identifient avec celles du juge d'instruction et ne permettent pas qu'il devienne un juré impartial et indépendant dans une affaire dont l'instruction est au moins son œuvre matérielle... il arriverait à l'audience avec des impressions reçues et souvent même, une conviction formée en dehors des débats, ce qui est essentiellement incompatible avec les principes de l'institution du jury » (140). A nouveau, un arrêt du 12 janvier 1922 (141) reconnaît cette impossibilité pour un greffier d'être juré en raison de sa participation à l'élaboration des actes d'instruction. Une solution identique serait probablement reconnue, aujourd'hui, malgré le silence de l'article 257 C.P.P.

545. — Il convient de remarquer, dans ces conditions, qu'un juge d'instruction qui aurait accompli des actes de police judiciaire serait empêché de participer au jugement. Cette hypothèse pourrait se présenter quand un juge a effectué diverses constatations au cours d'une enquête de flagrant délit (art. 72 C.P.P.) (142).

En revanche, chaque fois qu'un juge d'instruction a exécuté un acte de pure administration de la justice, rien ne s'opposerait à sa présence au sein de la juridiction de jugement. C'est ce que révèle l'étude de la jurisprudence.

Le 3 février 1865 (143), il était prétendu que l'article 257 C.I.C. devait s'appliquer à un juge qui avait reçu le serment des experts, l'avait consigné en un procès verbal, puis qui leur avait donné communication des pièces nécessaires à l'exécution de leur mission. En l'état de ces constatations, la chambre criminelle a estimé que le juge « chargé de remettre à des tiers des pièces et des objets à conviction, n'avait rempli qu'une mission passive qui l'avait laissé en dehors des données de l'information »... « Il n'a été qu'un intermédiaire... et n'ayant pas pris connaissance de la procédure, ni fait aucun usage de son initiative pour la direction de l'affaire, il ne peut être réputé avoir fait acte d'instruction dans le sens de l'article 257 C.I.C. ».

En définitive, le juge avait seulement fait un acte nécessaire au bon fonctionnement de la justice répressive. Tel sera aussi le caractère de l'acte consistant à signer « pour le juge d'instruction » une demande de renseignements adressée à un commissaire de police, relativement à l'état de santé d'un témoin qui devait être entendu au cours de l'information. La chambre criminelle, par un arrêt du

(140) Voir aussi, dans le même sens, Crim., 5-4-1883, B. 86.

(141) Crim., 12-1-1922, B. 19.

(142) Est acte de police judiciaire, tout acte effectué antérieurement à la saisine régulière du juge d'instruction (art. 14 al. 1 C.P.P.). En ce sens, FRÉJAVILLE et SOYER, « Manuel de droit criminel », n° 357.

(143) Crim., 3-2-1865, B. 24 ; D.P. 1866.I.410.

26 novembre 1897 (144), a estimé que cette apposition de signature « est un fait entièrement isolé, qu'elle présente le caractère d'un acte purement matériel et qu'elle n'implique à aucun degré que le juge ait personnellement pris connaissance du fond de l'affaire, ni qu'il ait été chargé de l'instruction et l'ait à un moment donné effectivement dirigée ». Cet acte, en l'absence de tout pouvoir de décision ou d'exécution, avait été accompli dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Il en serait de même pour la transmission de commissions rogatoires.

La Cour de cassation a pu constater, le 21 mars 1935, que des commissions rogatoires étaient relatives à des faits et circonstances sans rapport direct avec les faits de l'accusation, et d'ailleurs que le juge n'avait pas « procédé personnellement à leur exécution et s'était borné à subdéléguer à cet effet un officier de police judiciaire ». « De tels actes isolés consistant en de simples transmissions, n'étaient pas de nature à initier ce magistrat à la connaissance des faits incriminés et à influencer son appréciation » (145).

546. — M. Merle estime que parmi cette catégorie des actes d'administration pourrait se trouver l'ordonnance de cédula à témoin (146). A l'appui de son opinion, il invoque un arrêt du 10 février 1881 (147). En réalité, la Cour de cassation n'a nullement statué au fond, elle a rejeté la demande parce que l'article 257 al. 2 n'était pas applicable à l'époque en Algérie. Il a été depuis reconnu, par un arrêt du 13 novembre 1952 (148) que l'ordonnance de cédula à témoin « impliquant l'intention du magistrat instructeur de poursuivre la réunion des preuves était un acte d'instruction ».

Ainsi, la jurisprudence considère que l'accomplissement d'un acte d'instruction entraîne l'incompatibilité de fonctions. Toutefois, un arrêt ne se réfère pas à ce critérium. Dans l'espèce, la chambre criminelle reconnaît que l'interdiction ne peut s'appliquer au juge de paix, président du tribunal de police, qui, à la suite d'une commission rogatoire, a accompli des actes d'information. Le juge d'instruction ayant reconnu que l'infraction était une contravention, renvoya l'affaire devant le tribunal de police (149). En l'espèce, un acte d'instruction avait bien été accompli. Cet arrêt ne peut s'expliquer que par la défaveur traditionnelle de la juridiction suprême pour la loi du 8 décembre 1897, cette loi ne pouvant s'appliquer au juge de paix.

Une telle solution ne pourrait plus être admise actuellement. D'une part, l'article 49 al. 2 C.P.P. est général et recouvre toute la procédure d'instruction. D'autre part, le juge de paix a cessé de bénéficier d'un statut particulier au sein de la hiérarchie judiciaire : en tant que juge

(144) *Crim.*, 26-11-1897, B. 376 (il ne s'agissait pas de commission rogatoire).

(145) *Crim.*, 21-3-1935, B. 35 ; G.P. 1935.I.842.

(146) MERLE, *Ency. Dalloz*, V° *Cour d'assises*, n° 134.

(147) *Crim.*, 10-2-1881 ; D.P. 1882.I.45.

(148) *Crim.*, 13-11-1952, B. 259 ; G.P. 1953.I.156.

(149) *Crim.*, 23-1-1931, B. 22.

d'instance, il relève du même statut que les juges d'instruction et les juges de jugement.

Le critère de l'acte d'instruction serait reconnu uniformément aujourd'hui. Un arrêt du 16 mars 1959 (150) en apporte la preuve. Saisie d'une demande de renvoi d'un tribunal à un autre (art. 662 C.P.P.), la Cour de cassation justifie sa décision en constatant que la juridiction, normalement compétente, ne pouvait se constituer, car les différents magistrats avaient accompli des actes d'instruction et ne pouvaient juger en raison de l'article 49 C.P.P.

547. — La sanction de cette inobservation est très sévère. L'article 257 C.I.C. est assorti de la nullité et la Cour de cassation a veillé au respect de cette règle (151). De même, l'article premier de la loi de 1897 est assorti d'une nullité (art. 12). Mais quelle est la nature de cette nullité ?

Si cette règle est édictée dans l'intérêt de la défense, cette cause de nullité peut être couverte par l'acceptation des parties. En revanche, s'il s'agit d'une règle d'ordre public, la seule constatation des faits doit entraîner la nullité de toute la procédure de jugement.

La Cour de cassation a reconnu, à cette prescription, le caractère d'ordre public, la décision rendue dans ces conditions étant frappée de nullité absolue. Telle est la solution d'un arrêt du 14 décembre 1911 (152) où, saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi et du condamné, la chambre criminelle annule une procédure à laquelle avait participé le magistrat ayant conduit une première instruction close par une ordonnance de non-lieu.

Cette interdiction du cumul des fonctions s'applique également à l'ancien juge d'instruction devenu membre de la cour d'appel (153) : « La nullité édictée par l'article 1^{er} de la loi du 8-12-1897 étant relative à la composition des juridictions répressives, est d'ordre public; par suite, il n'appartient pas aux parties de renoncer à s'en prévaloir » (154).

La même solution serait admise sous l'empire du C.P.P. bien que, seul, l'article 49 prévoit la nullité, l'article 253 et l'article 257 C.P.P. n'en faisant pas mention.

En réalité, l'incompatibilité entre les différentes fonctions est une règle édictée dans l'intérêt d'une bonne justice, en vue de réaliser l'indépendance nécessaire des différentes juridictions. Ce même fondement se manifeste à propos des juridictions d'instruction du deuxième degré, mais il se trouve infléchi en raison du caractère particulier de ces juridictions.

(150) Crim., 16-3-1959, B. 191.

(151) Ainsi Crim., 1-8-1829, B. 174 ; Crim., 4-11-1830, B. 245 ; Crim., 29-5-1834, B. 160 ; Crim., 3-7-1834, B. 203 ; Crim., 19-9-1884, B. 278 et Crim., 14-1-1953, B. 16.

(152) Crim., 14-12-1911, B. 580.

(153) Crim., 24-4-1909, B. 229 ; D.P. 1911.5.59 ; Crim., 1-2-1913 ; D.P. 1913.I.550 ; Crim., 23-3-1934, B. 67.

(154) Voir encore Crim., 7-3-1946, B. 82.

L'interdiction concernant la chambre d'accusation.

548. — Il convient de rappeler que la chambre d'accusation présente, par sa composition, un caractère juridictionnel plus marqué. Son rôle principal consiste à examiner la régularité des procédures ou à statuer sur l'appel d'une ordonnance du juge d'instruction effectué par l'une des parties. Souvent, elle limite — ou limitait — son domaine d'investigation à ces problèmes. Très rarement, elle est amenée à ordonner des suppléments d'information. Dans ces conditions, l'article 257 C.I.C. pouvait prévoir l'exclusion de la cour d'assises des magistrats ayant voté sur la mise en accusation. Seul l'acte juridictionnel de mise en accusation établit une incompatibilité. Cette règle est assortie d'une sanction sévère la nullité du jugement intervenu (155). Mais la nullité ne sera encourue que si le magistrat a participé à l'arrêt de mise en accusation, ainsi certains magistrats pourront avoir eu connaissance du dossier et l'incompatibilité ne les empêchera pas de siéger.

549. — Il en est ainsi en matière de délits puisque l'article 253 C.P.P. (ancien art. 257 C.I.C.) concerne seulement la cour d'assises, et l'article 49 (ancien art. 1^{er} de la loi de 1897) mentionne seulement le juge d'instruction. Si les membres d'une chambre d'accusation ont connu d'une affaire, soit à raison d'un appel incident, soit à raison de l'appel contre l'ordonnance de règlement, ils pourront cependant siéger à la chambre des appels correctionnels.

La solution, en cette matière, est acquise depuis un arrêt du 10 février 1831 (156) : un magistrat ayant participé à l'arrêt de la chambre d'accusation renvoyant devant le tribunal correctionnel, peut faire partie, néanmoins de la juridiction de jugement; cela ne pourrait pas même être une cause de récusation (157). Cette solution a été conservée sous l'empire de la loi de 1897 : la participation au jugement de l'affaire en cause d'appel n'est pas interdite au magistrat qui

(155) Très nombreux sont les arrêts qui ont été annulés pour non-respect de cette règle : Crim., 29-6-1815, B. 42 ; Crim., 3-1-1823, B. 1 ; Crim., 28-10-1824, B. 145 ; Crim., 17-6-1825, B. 117 ; Crim., 4-3-1826, B. 41 ; Crim., 20-9-1828, B. 274 ; Crim., 21-10-1830, B. 234 ; Crim., 24-12-1830, B. 252 ; Crim., 14-4-1831, B. 79 ; Crim., 16-8-1831, B. 134 ; Crim., 7-11-1839, B. 334 ; Crim., 18-3-1842, B. 65 ; Crim., 13-10-1843, B. 264 ; Crim., 7-9-1848, B. 237 ; Crim., 26-2-1858, B. 69 ; Crim., 9-9-1858, B. 251 ; Crim., 5-7-1860, B. 149 ; D.P. 1860.5.399 ; Crim., 28-12-1860, B. 306 ; S. 1861.I.478 ; D. 1861.I.233 ; Crim., 16-1-1862, B. 21 ; Crim., 8-1-1863, B. 10 ; Crim., 27-3-1873, B. 82 ; Crim., 4-6-1874, B. 151 ; Crim., 8-4-1875, B. 117 ; Crim., 16-1-1879, B. 21 ; D.P. 1879.5.431 ; Crim., 19-6-1879, B. 119 ; Crim., 25-11-1880, B. 212 ; Crim., 17-11-1881, B. 238 ; Crim., 10-4-1884, B. 136 ; Crim., 29-5-1884, B. 182 ; Crim., 21-5-1885, B. 149 ; Crim., 29-12-1887, B. 448 ; Crim., 22-3-1894, B. 74, D. P. 1898.I.319 ; Crim., 10-12-1896, B. 361 ; Crim., 1-5-1902, B. 164 ; Crim., 7-1-1904, B. 9 ; Crim., 8-7-1904, B. 300 ; Crim., 16-3-1911, B. 151 ; Crim., 28-4-1921, B. 187 ; Crim., 16-3-1922, B. 113 ; Crim., 16-1-1947, B. 22.

(156) Crim., 10-2-1831, B. 24.

(157) Crim., 27-7-1849, B. 183.

a statué sur le maintien en détention préventive (158) ou sur la mise en prévention (159).

550. — En matière de procédures criminelles, il convient de distinguer, selon que la chambre d'accusation a connu d'un appel incident, ou de la totalité de la procédure.

Il est possible de soutenir que dans la première hypothèse, les juges du deuxième degré n'ont pas eu une connaissance réelle et profonde des charges retenues contre l'inculpé. Toutefois, la détention préventive, par exemple, peut être justifiée par le sérieux des charges et les juges ont ainsi connaissance du dossier et des différents éléments qu'il contient. Il en est de même pour l'appel de toute autre ordonnance du juge d'instruction : toute décision de la chambre d'accusation tiendra compte de l'état présent du dossier.

D'autre part, quand la chambre d'accusation ordonne un supplément d'information, une atteinte à l'interdiction du cumul des fonctions est réalisée. En effet, le fait de statuer sur une mesure préparatoire n'entraîne aucune incompatibilité pour participer à la juridiction de jugement. Telle est la solution indiquée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 août 1813 (160). L'arrêt de plus ample informé ne préjuge rien du point de vue de la mise en accusation, il en est de même pour l'arrêt ordonnant l'évocation de l'affaire (161).

Cette opinion se conçoit, car ces magistrats ne sont pas tenus de prononcer la mise en accusation. Ils n'ont pu se forger une conviction sur la nature de la prévention puisque, précisément, l'affaire ne leur paraissait pas en état. Ils estimaient que toutes diligences n'avaient pas été effectuées, sinon en l'absence de preuves ils auraient prononcé un non-lieu à suivre.

On risquait, toutefois, d'aboutir à une solution injuste, en même temps que peu juridique, dans l'hypothèse d'un supplément d'information. Si cette information était confiée à un juge d'instruction, ce dernier ne pouvait participer à la juridiction de jugement, bien qu'il n'effectuât pas de véritables actes d'instruction jusqu'à l'intervention de la loi du 28-10-1955 : l'article 257 al. 2 C.I.C. prenait, en effet, en considération la seule qualité de juge d'instruction. En revanche, si cette mission était confiée à un membre de la chambre d'accusation, ce dernier pouvait participer au jugement du moment qu'il ne votait pas sur la mise en accusation.

551. — L'article 253 C.P.P. apporte une solution plus équitable : « ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt

(158) En ce sens, *Crim.*, 30-11-1939, B. 188.

(159) *Crim.*, 25-3-1905, B. 151 ; S. 1908.I.435 ; *Crim.*, 23-11-1906, B. 418 ; D.P. 1908.I.446 ; *Crim.*, 7-5-1909, B. 245 ; *Crim.*, 16-3-1916, B. 61.

(160) *Crim.*, 12-8-1813 ; *Jur. gén.* Dalloz, V° Organisation judiciaire, n° 683.

(161) *Crim.*, 14-1847, B. 70 ; S. 1847.I.459 ; D. 1847.I.142.

de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé » (162).

Désormais, la solution est plus logique. Il convient d'écarter de la juridiction de jugement les magistrats qui ont statué sur la mise en accusation car ils ont déjà pris connaissance du dossier et peuvent avoir un préjugé sur la culpabilité. De même, sont éloignés ceux qui ont participé à la réunion des preuves, car ils ont permis l'élaboration de la décision à venir. Parmi ces derniers figurent les auteurs d'une instruction complémentaire.

On pourrait reprocher à l'article 253 C.P.P. de laisser de côté les hypothèses où une chambre d'accusation a statué sur l'appel d'une des parties en cours d'instruction et celle où cette juridiction a connu d'un délit correctionnel.

Relativement au premier cas, il apparaît que cette solution ne puisse être préjudiciable aux droits de la défense. Malgré l'appréciation des éléments du dossier au jour de l'appel, rappelons que le contrôle de la juridiction du deuxième degré est strictement limité à l'acte frappé d'appel. Aucun examen d'ensemble de l'affaire ne peut être effectué, pas même en ce qui concerne la régularité des actes, à moins que la Cour n'évoque la procédure (163).

552. — En matière de délits correctionnels, en revanche, aucune règle n'est édictée. Les membres de la chambre d'accusation pourront, comme par le passé, siéger à la chambre des appels correctionnels pour une affaire dont ils ont déjà connu. Il y a là une lacune de la loi : ces magistrats ont déjà eu connaissance du dossier et néanmoins, ils peuvent participer au jugement. Il en est de même dans l'hypothèse d'un supplément d'information : ni le magistrat de la chambre d'accusation, ni le juge d'instruction délégué ne tombent sous le coup d'une incompatibilité.

Une réforme législative devrait intervenir sur ce point. Si la loi exclut d'une juridiction un magistrat parce qu'il a procédé antérieurement à des actes d'instruction ou de poursuite ou parce qu'il a collaboré à certaines décisions, il conviendrait que ce principe trouve

(162) La finale de l'article 253 C.P.P. résulte de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'article 257 C.I.C. Après avoir admis qu'en matière d'incompatibilité, l'interdiction est de droit strict (Crim., 15-5-1863, B. 142), la Cour de cassation décida que, si le tribunal ou la cour d'appel avaient déjà statué sur la culpabilité, leurs membres ne pourraient participer à la cour d'assises : Crim., 23-7-1886, B. 272 ; Crim., 13-1-1888, B. 17 ; Crim., 20-8-1908, B. 374 ; D.P. 1910. I.106, note Le Poittevin ; Crim., 17-8-1911, B. 422 ; Crim., 12-7-1938 ; D.P. 1940. I.15. En revanche, si une juridiction correctionnelle se reconnaît incompétente, l'incompatibilité ne peut empêcher les magistrats de siéger à la cour d'assises. Solution acquise dès un arrêt du 28-1-1813 (cité par LE POITTEVIN, art. 257, n° 53). Voir aussi Crim., 22-3-1890, B. 69 ; Crim., 3-9-1898 ; S. 1900.I.201, B. 308 ; Crim., 3-7-1947, B. 175 ; Crim., 29-1-1948, B. 34.

(163) Les arrêts récents rendus à propos des relations entre le juge d'instruction et la chambre d'accusation témoignent de la vigueur de la position de la Cour de cassation (voir *supra* n°s 527 et ss.). Voir GUYENOT, précité, Rev. de Sc. crim., 1964, p. 559.

application devant toutes les juridictions de jugement. En effet, cette règle est fondée sur le respect des droits de la défense et ces droits n'en sont pas moins sacrés que la défense ait lieu en cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel (164). L'indépendance des juridictions de jugement à l'égard des juridictions d'instruction devrait être mieux assurée. Mais pour que cette indépendance se manifeste, il importe qu'il s'agisse de « la même affaire » (art. 49 al. 2). Quelle est la signification de cette expression ?

2. — *« La même affaire » au sens de l'article 49 al. 2 C.P.P.*

553. — Deux conceptions peuvent être proposées de la même affaire. Selon la première il faut comprendre tout ce qui a trait au fait matériel qui est à l'origine des poursuites pénales et il suffira à un juge d'avoir connu à un titre quelconque des faits imputables à l'inculpé pour qu'il soit écarté de la juridiction de jugement; la seconde, en revanche, limite l'interprétation à la même affaire pénale.

Pour assurer une réelle indépendante au juge de jugement, l'interdiction devrait s'appliquer chaque fois qu'un magistrat a connu du fait matériel. Cette même interdiction devrait jouer pour le juge d'instruction, car son impartialité ne sera pas aussi grande. La jurisprudence, cependant, a opté pour une conception restrictive de la « même affaire ». Ainsi un juge pourrait être chargé de l'instruction d'une affaire dans laquelle il a rendu un jugement civil (165).

A notre connaissance, il n'existe aucune décision rendue relativement à l'indépendance du juge d'instruction qui aurait connu antérieurement d'une affaire civile sur les mêmes faits. En revanche, de nombreux arrêts ont trait à l'indépendance de la juridiction de jugement, et toujours se manifeste l'interprétation stricte d'une règle d'incompatibilité.

« Ceux des magistrats des Cours royales qui ont concourru à la mise en accusation d'un prévenu et le juge qui a fait l'instruction sont seuls exclus de la faculté de présider la cour d'assises qui doit le juger et d'en assister le président, les exclusions sont de droit étroit et ne sauraient être étendues au delà des cas que la loi a expressément déterminés, lors même qu'il serait constant que le président et l'un des juges de la cour d'assises qui a rendu l'arrêt attaqué auraient concouru à un arrêt intervenu à la Cour de Montpellier entre F. et quelques-uns de ses créanciers, en juillet 1818, plus de six mois avant le début des poursuites criminelles relatives à la banqueroute frauduleuse, il n'y aurait donc pas lieu à l'application de l'article 257 C.I.C. » (166).

(164) Rappelons la pratique des correctionnalisations judiciaires qui diminue le nombre des affaires justiciables de la cour d'assises. En outre, le tribunal correctionnel a parfois la possibilité de priver un individu de sa liberté pendant dix ans, ce qui est une peine très grave.

(165) Il a été décidé que le juge qui avait statué sur l'affaire civile pouvait participer à la cour d'assises (Crim., 13-4-1837, B. 110).

(166) Crim., 22-7-1819, B. 54 ; S. chronologique, p. 104.

554. — Ce n'était donc pas la même affaire dont les juges avaient connaissance. Malgré l'identité des faits matériels, les autres identités nécessaires à l'établissement de la chose jugée manquent. Notamment, font défaut l'identité d'objet, de parties et de cause. L'objet n'est pas le même, car le procès pénal tend au prononcé d'une peine, tandis que l'instance préalable avait pour but de prononcer une faillite. Les parties ne sont pas identiques : au procès pénal figure, à titre principal, le ministère public. Ce magistrat poursuit l'infraction et requiert le prononcé d'une peine. Enfin, la cause juridique est différente, une affaire se fondant sur le Code de commerce, l'autre sur le Code pénal. Ainsi, pour la Cour de cassation la « même affaire » est celle où pourrait être opposée l'autorité de la chose jugée (167).

Cette solution a été reproduite à plusieurs reprises. Ainsi il n'y a pas incompatibilité quand un juge a pris part à une décision sur l'action disciplinaire (168). De même, l'article 1^{er} de la loi de 1897 est inapplicable au magistrat qui a rempli les fonctions de juge commissaire dans une faillite (169). Rien ne s'oppose à ce qu'il juge une affaire de banqueroute simple dirigée contre le failli, puisqu'il a seulement transmis les rapports fournis par le syndic. C'est donc le rôle passif qui est mis en avant (170).

En réalité, la Cour de cassation, loin de se placer sur le terrain de la recherche d'un acte d'instruction antérieur, estime qu'il n'y a aucun lien entre les deux affaires dès lors que la preuve administrée dans l'une ne peut servir à établir la seconde (171). Il faut donc une identité absolue entre les deux actions (172).

555. — Dans certains cas, il a été reconnu qu'il ne s'agissait pas de la même affaire. Ainsi, quand un tribunal correctionnel rend une décision d'incompétence, il est considéré que cette juridiction n'a pas connu l'affaire (173). C'est seulement dans l'hypothèse où le tribunal ou la Cour s'est prononcé sur la culpabilité que l'interdiction de siéger à la cour d'assises est encourue (174). S'il a été rendu une décision d'incompétence, les magistrats ne sont pas empêchés de juger

(167) C'est une même attitude qui est observée par la jurisprudence quant à l'application de la maxime « *Electa una via* ».

(168) Crim., 19-4-1872, B. 91 ; D. 1872.I.384. Arrêt rendu sous la présidence de Faustin HÉLIE.

(169) Crim., 14-4-1899, B. 77.

(170) Crim., 3-2-1865, B. 24 ; D.P. 1866.I.410 (serment d'expert reçu) et Crim., 26-11-1897, B. 376 (demande de renseignements signée pour le juge d'instruction), cf. *supra* n° 545.

(171) Crim., 15-12-1942, B. 126, à propos d'une déchéance de la puissance paternelle.

(172) Signalons que les actions en responsabilité fondées sur les articles 1382 et 1384 n'ont pas la même cause juridique, malgré l'identité des faits matériels.

(173) Interprétation de droit strict dans les arrêts du 15-5-1863, B. 142 et Crim., 21-11-1844, B. 378.

(174) Crim., 23-7-1886, B. 272 ; Crim., 13-1-1888, B. 17 ; Crim., 17-8-1911, B. 422 ; Crim., 12-7-1938 ; D.P. 1940.I.15.

ces infractions (175). Cette solution se trouve actuellement consacrée par l'article 253 C.P.P.

Mais cette interdiction de participation ne vise que le jugement proprement dit de l'affaire : se trouvent exclus tous les actes préparatoires de la procédure de jugement. Ainsi, un juge d'instruction ou un membre de la chambre d'accusation ayant voté sur la mise en accusation pourra assister le président de la cour d'assises ou le remplacer pour effectuer les actes préalables au jugement. Statuant sur les formalités préparatoires, notamment l'interrogatoire dès l'arrivée à la maison de justice prévu à l'article 272 C.P.P. (art. 266 et 293 C.I.C.), la chambre criminelle a estimé que rien ne s'opposait à ce qu'elles soient effectuées par un conseiller qui a été membre de la chambre d'accusation. Telle est la solution adoptée par un arrêt du 9 juin 1887 (176), qui vient d'être rappelée dans un arrêt du 20 mars 1952 (177). Il en serait de même si les actes étaient accomplis par un juge d'instruction agissant sur délégation du président de la cour d'assises.

Ces magistrats pourraient ainsi prendre part aux actes de formation de la cour d'assises : procédure d'établissement de la liste des jurés de la session (178), ou décision relative aux excuses des jurés (179).

556. — L'exécution d'actes d'instruction ou la participation à la chambre d'accusation n'empêchent pas d'effectuer des actes d'administration préalables à la procédure de jugement. Réciproquement, le seul accomplissement de ces actes d'administration préalables n'entraîne aucune incompatibilité pour le magistrat.

Ainsi, le fait de participer à une procédure de coutumace n'empêche pas de siéger à la cour d'assises ultérieurement. Cela se conçoit, car la première fois les magistrats n'ont pas véritablement examiné l'affaire : ils ont prononcé le maximum de la peine normalement encourue pour l'agissement dénoncé. D'ailleurs, toute la procédure est reprise dès l'arrestation du coutumax. Cette solution a été admise, à plusieurs reprises, par la Cour de cassation (180), car le juge n'a pu se faire une opinion exacte de la culpabilité de l'accusé. Toutefois, il serait possible de soutenir que le fait même que l'accusé ne se soit pas présenté pour être jugé laisse présumer une idée de culpabilité dont le juge ne pourra pas se libérer par la suite.

Des plaideurs avaient même jugé à propos d'invoquer l'article 1^{er} de la loi de 1897 pour écarter le juge qui, en vertu de l'article 465 C.I.C., avait rendu l'ordonnance de coutumace. La Cour de cassation,

(175) *Crim.*, 22-3-1890, B. 69 ; *Crim.*, 3-9-1898 ; S. 1900.I.201, B. 308 ; *Crim.*, 20-8-1908, B. 374 ; D.P. 1910.I.106 (note Le Poittevin) ; *Crim.*, 3-7-1947, B. 175 ; *Crim.*, 29-1-1948, B. 34.

(176) *Crim.*, 9-6-1887, B. 210 ; D.P. 1888.I.138

(177) *Crim.*, 20-3-1952, B. 82 ; D. 1952.419. ,

(178) *Crim.*, 17-10-1833, B. 445.

(179) *Crim.*, 12-5-1852, B. 116 (l'arrêt est un acte de pure administration).

(180) Ainsi *Crim.*, 7-1-1841, B. 3 ; *Crim.*, 23-3-1844, B. 116 ; *Crim.*, 11-8-1849, B. 269 ; *Crim.*, 15-3-1860, B. 77 ; *Crim.*, 30-7-1915, B. 302.

par un arrêt du 5 septembre 1914 (181) rejeta cette prétention en se fondant sur l'application de la loi de 1897 aux seuls actes d'instruction intervenus avant le dessaisissement du juge d'instruction. Dès lors, il importait peu de rechercher la nature exacte de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 465 C.I.C. Cet acte est, aujourd'hui, réglementé à l'article 627 C.P.P. Il ne semble pas possible de le qualifier d'acte d'instruction, car il ne tend ni à la connaissance des faits, ni à celle de la personnalité de l'accusé. De plus, en le rendant, le magistrat ne statue pas sur la culpabilité. Il s'agit uniquement d'une mesure destinée à faire pression sur l'accusé pour l'inciter à comparaître devant la juridiction de jugement : c'est un acte de pure administration de la justice.

De même, la participation à l'arrêt de coutumace (art. 632 C.P.P.) n'empêcherait pas un magistrat de siéger à la cour d'assises, puisque la procédure de coutumace ne permet pas de prononcer véritablement une peine. Le fond de l'affaire n'est pas examiné et, somme toute, il s'agit d'un acte d'administration de la justice. Telle est la solution adoptée par la Cour de cassation (182).

557. — Ainsi l'interdiction du cumul des fonctions a pour fondement l'exécution d'un acte d'instruction en ce qui concerne la première information, et le vote de la mise en accusation pour les magistrats de la chambre d'accusation. Dans ces conditions, l'accomplissement d'un pur acte d'administration de la justice n'entraîne, pour le magistrat, aucune connaissance du dossier.

L'indépendance de la juridiction de jugement est ainsi assurée à l'égard des juridictions d'instruction. Cette indépendance rejaillit d'ailleurs sur ces dernières. Sachant qu'il ne participera pas à la juridiction de jugement, le juge d'instruction doit tout mettre en œuvre pour que les différents éléments de l'affaire soient examinés. Cette indépendance va être, pour le juge, une cause de son impartialité : il n'hésitera pas à pousser ses investigations dans tous les domaines. Cette indépendance, pour être réelle, ne doit pas se limiter aux seuls membres des juridictions; elle doit exister aussi en ce qui concerne les actes effectués.

B. — L'INDÉPENDANCE DE LA JURIDICTION DE JUGEMENT A L'ÉGARD DES ACTES EFFECTUÉS AU COURS DE L'INSTRUCTION.

558. — Quand la juridiction d'instruction a mené l'information à son terme, la juridiction de jugement se trouve saisie par une ordonnance de renvoi du juge d'instruction ou par un arrêt de la chambre d'accusation. Quels vont être les pouvoirs de cette juridiction ? Il ne s'agit pas d'une juridiction hiérarchiquement supérieure, aussi ne pourra-t-elle annuler des décisions antérieurement rendues. Toutefois,

(181) Crim., 5-9-1914, B. 380.

(182) Ainsi Crim., 17-8-1911, B. 421 ; Crim., 24-1-1956, B. 89.

étant une juridiction et, à ce titre, indépendante, elle pourra fort bien adopter des solutions différentes de celles de la juridiction d'instruction. Cette indépendance se manifeste principalement en deux hypothèses. D'une part, à propos de l'objet même du renvoi, si l'ordonnance du juge d'instruction ou l'arrêt de la chambre d'accusation sont dotés de l'autorité de la chose jugée, cette autorité est provisoire et s'estompera par le prononcé du jugement. D'autre part, en dehors même du contrôle exercé sur l'acte de saisine, quels pouvoirs sont reconnus aux juridictions de jugement sur les actes d'instruction ?

La première question manifeste plutôt l'indépendance de la juridiction de jugement, tandis que la seconde révèle l'indépendance de la juridiction d'instruction.

1. — *L'indépendance de la juridiction de jugement en ce qui concerne la qualification des faits.*

559. — On pourrait admettre que la décision rendue par une juridiction d'instruction s'impose à la juridiction de jugement. L'information menée par le juge aboutit à une qualification des faits et la juridiction de jugement devrait sanctionner ces faits.

Une pareille conception entraînerait l'attribution de pouvoirs trop grands au juge d'instruction. A la rigueur, cette solution pourrait être adoptée quand la chambre d'accusation a statué, puisqu'un double examen de la procédure a été effectué. De surcroît, cette juridiction est composée de trois magistrats plus expérimentés que le juge d'instruction. Dans ces conditions, la culpabilité serait établie de manière presque indiscutable et la juridiction de jugement ne serait qu'un organe de distribution des peines.

Des inconvénients s'attachent à ce système. Actuellement, la procédure préparatoire conserve son caractère secret. Certes, des tempéraments ont été apportés avec la mise en vigueur du C.P.P., surtout en matière d'instruction du 2^e degré, mais ils demeurent encore peu importants puisque le dossier n'est pas communiqué aux parties pour leur permettre d'en discuter librement les éléments (183).

Aussi la solution donnée par l'arrêt de la chambre criminelle du 5 août 1909 (184) demeure actuelle. Dans cette espèce, la Cour de cassation décide que les chambres d'accusation n'ont pas à affirmer la culpabilité mais à déclarer s'il existe des indices suffisants de culpabilité. Un arrêt rendu le 25 juillet 1960 (185) témoigne de la permanence de cette conception. Un prévenu renvoyé par une chambre d'accusation devant le tribunal correctionnel alléguait au soutien de

(183) Voir M. LEVASSEUR, « Vers une procédure d'instruction contradictoire », Rev. Sc. crim., 1959, p. 297.

(184) Crim., 5-8-1909, B. 421.

(185) Crim., 25-7-1960, B. 391. Déjà, un arrêt du 19-1-1922 (B. 34), avait déclaré irrecevable le pourvoi d'un inculpé qui soutenait que le rejet d'une exception préjudicielle au jugement avait préjugé la solution de la question du fond. En réalité, le juge de jugement avait toute possibilité pour restituer aux faits leur véritable qualification.

son pourvoi que l'arrêt constituait un véritable arrêt de condamnation alors que les juridictions d'instruction devaient se borner à rechercher les charges suffisantes. La chambre criminelle rejeta le pourvoi en le déclarant irrecevable car il ne rentrait pas dans les prévisions de l'article 574 C.P.P. En l'espèce, notamment, l'arrêt ne contenait aucune disposition définitive et la juridiction de jugement demeurait libre d'apprécier et de modifier le contenu de l'arrêt.

Les juridictions d'instruction doivent préparer la procédure de jugement mais elles ne peuvent établir la culpabilité. Celle-ci sera appréciée souverainement par la juridiction de jugement.

560. — D'autre part, si l'on admettait la souveraineté des juridictions d'instruction sur les juridictions de jugement relativement à la culpabilité, ces dernières ne pourraient pas apprécier la régularité de leur saisine, notamment pour déterminer leur compétence à connaître du fait délictueux. Or, la procédure en droit français est dominée par un principe général selon lequel toute juridiction peut, d'office, examiner sa compétence. Statuer sur la culpabilité emporterait décision sur la compétence puisque les juridictions répressives sont compétentes, en principe, en fonction de la nature objective de l'infraction (186).

Enfin, ce serait accorder aux décisions des juridictions d'instruction une autorité que ne peuvent posséder de telles décisions. Les ordonnances ou les arrêts rendus ne sont jamais que des décisions avant-dire droit qui ne peuvent préjuger le fond du procès. Leur rôle principal est d'être préalable à la saisine de la juridiction de jugement en préparant les divers éléments utiles au débat. La décision énoncera seulement une probabilité : des charges sérieuses peuvent être retenues envers telles personnes, de tel ou tel chef d'inculpation.

L'examen véritable est remis à plus tard. En outre, la procédure de jugement est publique et orale : le prévenu ou l'accusé peut discuter le bien-fondé des preuves et se défendre. Le jugement intervenu publiquement après des débats oraux manifestera qu'il s'agit d'une justice et non d'une vengeance.

561. — Ces différentes considérations aboutissent à justifier le principe traditionnel que les juridictions de jugement sont indépendantes à l'égard des juridictions d'instruction. La Cour de cassation a eu l'occasion d'en témoigner en de multiples occasions.

Dès le 27 juin 1811 (187), la chambre criminelle affirme que l'ordonnance de la chambre du conseil portant renvoi devant le tri-

(186) La pratique de la correctionnalisation judiciaire n'a pu s'instaurer que grâce au silence des parties. Le ministère public en prend l'initiative, mais le prévenu doit s'y associer pour ne pas solliciter l'incompétence de la juridiction. La partie civile y consent aussi, car ses intérêts ne risquent pas d'être lésés. Il convient, dans cette hypothèse, de ne pas présenter de cause d'aggravation, car le tribunal pourrait d'office se déclarer incompétent (la compétence est d'ordre public).

(187) Crim., 27-6-1811, B. 94.

bunal correctionnel n'a les effets d'un jugement définitif qu'en ce qu'elle saisit le tribunal pour statuer sur le délit; en revanche, elle ne lie pas les juges pour la qualification des faits.

La solution a été étendue aux arrêts de la chambre d'accusation portant renvoi devant le tribunal correctionnel. La Cour de cassation a reconnu, en effet, le 19 mars 1875 (188), que l'arrêt de la chambre d'accusation, saisie par l'appel d'une des parties, renvoyant l'inculpé devant la juridiction correctionnelle, tient lieu d'ordonnance du juge d'instruction. Cet arrêt ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que du chef de compétence ou d'une disposition définitive en dernier ressort que le tribunal ne pourrait modifier. Cette solution était déjà acquise lorsque la chambre d'accusation était saisie à la suite d'une ordonnance de transmissions des pièces (189).

Une jurisprudence constante s'est établie en n'admettant le pourvoi en cassation que dans la mesure où l'arrêt consacre une disposition définitive que la juridiction de jugement ne pourrait ultérieurement modifier. Ainsi en est-il lorsqu'en infirmant une ordonnance de non-lieu, une chambre d'accusation prononce le renvoi devant une juridiction de jugement sur le seul appel de la partie civile (190).

D'autre part, le juge saisi a toujours la possibilité d'examiner sa compétence. En cette matière il faut toutefois distinguer selon que le renvoi est effectué devant la cour d'assises ou devant une autre juridiction.

Dans ce dernier cas, l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi n'est qu'indicatif de juridiction. Depuis un arrêt du 12 février 1864 (191), la Cour de cassation affirme que les ordonnances du juge d'instruction sont indicatives et non attributives de juridiction. Dès lors, les juges de répression ne sont pas tenus de statuer au fond sans examiner préalablement leur compétence (192).

562. — Les juges possèdent, également, le pouvoir de rendre aux faits leur véritable qualification. Si le tribunal correctionnel estime

(188) *Crim.*, 19-3-1875, B. 97.

(189) Ainsi jugé, *Crim.*, 3-9-1857, B. 331 ; *Crim.*, 21-5-1858, B. 159 ; *Crim.*, 21-12-1858, B. 327.

(190) *Crim.*, 10-5-1822, B. 73 ; *Crim.*, 15-1-1904, B. 32 ; *Crim.*, 29-7-1910, B. 419 ; *Crim.*, 11-3-1911, B. 146 ; *Crim.*, 1-12-1911, B. 552 ; *Crim.*, 7-5-1921, B. 207 ; *Crim.*, 19-1-1922, B. 34 ; *Crim.*, 11-9-1924, B. 342 ; *Crim.*, 12-6-1954, B. 208 ; *S.* 1954.I.113 ; *Crim.*, 29-3-1955, B. 188 ; *Crim.*, 9-11-1955, B. 469 ; *Crim.*, 7-2-1956, B. 133 ; *Crim.*, 18-4-1956, B. 318 ; *Crim.*, 16-3-1960, B. 150 ; *Crim.*, 31-5-1961, B. 279 (voir aussi *Crim.*, 21-6-1961, B. 305) : le pourvoi n'est admis, de la part de l'inculpé, que dans la mesure où l'arrêt consacre une solution définitive que la juridiction de jugement ne peut modifier. Rapprocher un arrêt du 27-1-1928 (B. 35) admettant le recours pour défaut de motifs de l'arrêt de renvoi (en fait la chambre criminelle a rejeté le pourvoi, car l'arrêt se référait à une ordonnance du juge d'instruction). Voir aussi *Crim.*, 5-4-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 167 ; *Crim.*, 28-5-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 210 ; *Crim.*, 3-1-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 4, p. 6 ; *Crim.*, 27-2-1964 ; *J.C.P.* 1964.IV.54, B. 73 ; *Crim.*, 1-7-1964 ; *Bull. Crim.*, n° 221, p. 473 ; *Crim.*, 16-7-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 238, p. 508 ; *Crim.*, 10-12-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 335, p. 708.

(191) *Crim.*, 12-2-1864, B. 38.

(192) *Crim.*, 14-3-1868, B. 73 ; *Crim.*, 8-5-1868, B. 124 ; *Crim.*, 10-9-1868, B. 208.

que l'infraction est un crime, il doit refuser de la juger (193). De même, il peut changer la cause juridique de l'instance. Ainsi au lieu d'un vol, le tribunal peut retenir la qualification d'abus de confiance. La jurisprudence n'a jamais, sur ce point, marqué d'hésitation (194).

En changeant la qualification donnée par le juge d'instruction, il ne peut être soutenu que la juridiction de jugement a statué sur un délit dont elle n'était pas saisie. C'est ce qu'a tenu à affirmer la Cour de cassation dans un arrêt du 28 novembre 1873 (195). Que la juridiction soit saisie par une ordonnance de renvoi du juge d'instruction ou par un arrêt de la chambre d'accusation, ses pouvoirs sont les mêmes que si elle avait été saisie par la voie de la citation directe. En cette matière, le tribunal peut d'office rechercher si les faits ne seraient pas constitutifs d'une autre infraction (196).

Cependant, une limite est apportée à cette souveraineté de la juridiction de jugement. En prétendant rechercher la qualification adéquate, il ne lui appartient pas de statuer sur des faits autres que ceux dont elle est saisie. En d'autres termes, la juridiction de jugement ne peut étendre l'objet des poursuites. C'est d'ailleurs ce que rappelle un arrêt de la chambre criminelle du 6 août 1925 (197). Le pouvoir de qualification ne peut amener une juridiction de jugement à se saisir d'un fait non proposé à son examen (198). Il convient, toutefois, d'excepter l'hypothèse où le prévenu accepterait le débat sur des faits nouvellement découverts (199). En revanche, la juridiction de jugement dispose à son gré des faits expressément retenus par l'acte la saisissant (200).

563. — Mais, au motif de procéder à une nouvelle qualification des faits qui lui sont soumis, la juridiction de jugement ne peut aller à l'encontre des pouvoirs propres des juridictions d'instruction.

(193) *Crim.*, 22-1-1881, B. 19 ; Voir aussi *Crim.*, 7-8-1950, B. 235 : le juge a le devoir de rendre aux faits leur véritable qualification révélée par les débats.

(194) *Crim.*, 6-2-1885, B. 52 ; *Crim.*, 1-12-1899, B. 346 ; *Crim.*, 23-6-1910, B. 329 ; *Crim.*, 30-5-1918, B. 115 ; *Crim.*, 8-11-1918, B. 208 ; *Crim.*, 3-3-1922, B. 96 ; *Crim.*, 3-3-1923, B. 100 ; *Crim.*, 4-1-1924, B. 8 ; *Crim.*, 10-12-1943, B. 146 ; *Crim.*, 7-5-1953, B. 160 ; *Crim.*, 12-1-1954, B. 10 et *Crim.*, 14-4-1961, B. 200. (Voir aussi *Crim.*, 17-10-1961, B. 405 et *Crim.*, 23-7-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 252.)

(195) *Crim.*, 28-11-1873, B. 293.

(196) *Crim.*, 15-12-1865, B. 227 ; *Crim.*, 2-2-1871, B. 15 et *Crim.*, 17-10-1961, B. 405 et les réf. citées.

(197) *Crim.*, 6-8-1925, B. 257.

(198) Une juridiction de jugement a des pouvoirs moins grands que la chambre d'accusation. Celle-ci, en effet, a la possibilité d'étendre l'information à des faits non retenus par le juge d'instruction (art. 202 C.P.P.). De même, les poursuites pourraient viser des personnes non inculpées par le juge d'instruction (art. 204 C.P.P.).

(199) La jurisprudence admet la prorogation de la saisine du tribunal correctionnel : ainsi *Crim.*, 21-12-1893, B. 362 ; *Crim.*, 15-12-1894, B. 321 ; *Crim.*, 6-12-1912, B. 673 ; *Crim.*, 27-12-1944, B. 205 ; *Crim.*, 17-6-1948, B. 163.

(200) Ainsi *Crim.*, 6-11-1952, B. 244 ; voir aussi *Crim.*, 14-4-1961, B. 200, qui a considéré comme complice le prévenu déferé comme auteur de l'infraction. Voir aussi *Crim.*, 30-1-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 61, p. 122 ; *Crim.*, 9-10-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 276, p. 577 ; *Crim.*, 26-5-1964 ; *J.C.P.* 1964.IV.98.

Si le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu sur certains faits, tandis que sur d'autres le renvoi a été ordonné devant la juridiction de jugement, cette dernière ne peut attirer la connaissance des faits écartés par l'ordonnance de non-lieu. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par un arrêt du 1^{er} août 1907 (201). Le tribunal n'a de compétence que pour les faits désignés par l'ordonnance du juge d'instruction, il ne peut contrôler ce qui a fait l'objet d'une décision du juge d'instruction. La solution inverse aboutirait à consacrer un droit de contrôle de la juridiction de jugement sur les juridictions d'instruction, ce qui serait contraire à leur indépendance (202).

Plus récemment, la Cour de cassation a été saisie d'une affaire curieuse. Saisi de plusieurs infractions, un juge d'instruction sollicite, avant la clôture de l'information, les réquisitions du procureur de la République. Suivant les réquisitions du ministère public, le magistrat n'avait rendu une ordonnance de renvoi que pour certaines infractions. Quel devait être le sort des autres inculpations ?

Certes, il ne pouvait être question pour la juridiction de jugement d'attirer à elle des faits pour lesquels elle ne se trouvait pas saisie, mais pouvait-elle annuler l'ordonnance de renvoi ? La chambre criminelle, le 30 octobre 1956 (203), affirme qu'il ne pouvait appartenir à une juridiction de jugement d'annuler l'ordonnance de renvoi du magistrat instructeur. En l'espèce, il appartenait au ministère public de saisir le juge d'instruction de réquisitions tendant à ce qu'il statue sur les infractions dont il demeurerait saisi. Le juge d'instruction est indépendant et il n'a pas à recevoir d'injonction de quelque juridiction qu'elle émane.

564. — L'inculpé, d'ailleurs, ne pourrait faire échec à l'indépendance de la juridiction d'instruction. Ainsi, le 11 septembre 1913 (204), a été rejeté le recours d'un prévenu contre l'ordonnance de renvoi qui n'avait pas tenu compte de certaines réquisitions du ministère public. L'inculpé n'avait aucun intérêt pour agir puisqu'il conservait la possibilité de présenter sa défense devant la juridiction de jugement.

Traditionnellement, l'ordonnance de renvoi du prévenu et l'arrêt de la chambre d'accusation renvoyant devant le tribunal correctionnel ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Un arrêt du 18 mars 1937 (205), rappelle ce principe. En l'espèce, cependant, le prévenu invoquait devant la chambre d'accusation que le fait poursuivi devait être de la compétence de la cour d'assises. La chambre

(201) Crim., 1-8-1907, B. 350.

(202) Seule la chambre d'accusation peut contrôler le juge d'instruction. Les arrêts de la chambre d'accusation sont soumis au contrôle de la Cour de cassation (art. 218 C.P.P.). Voir ainsi Crim., 20-4-1961, B. 215.

(203) Crim., 30-10-1956, B. 687. Voir aussi Crim., 12-1-1961 (B. 24), qui décide qu'un tribunal militaire n'a pas à apprécier la validité de la partie de l'arrêt de la chambre d'accusation qui l'a saisi.

(204) Crim., 11-9-1913, B. 437.

(205) Crim., 18-3-1937, B. 55.

criminelle déclara, néanmoins, le pourvoi irrecevable, car le prévenu pouvait toujours, devant la juridiction de jugement, invoquer l'incompétence (206).

565. — Ainsi, l'indépendance des deux ordres de juridiction se trouve réalisée. La conséquence de la souveraineté de ces deux ordres se manifeste dans l'utilisation de la procédure de règlement de juges, en cas de contradiction relative à la compétence.

L'hypothèse se présente, en pratique, de la manière suivante : un juge d'instruction clôt l'information par une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, car le fait lui paraissait être un délit. Le tribunal, au contraire, reconnaît que l'infraction est un crime. Le Code d'instruction n'avait prévu, à cet égard, aucune règle particulière. Dans ces conditions, la jurisprudence a considéré qu'il y avait lieu à règlement de juges. En effet, la première décision, celle du juge d'instruction, n'ayant fait l'objet d'aucune voie de recours, a acquis l'autorité de la chose jugée. D'autre part, la seconde décision déterminant un autre ordre de compétence va à l'encontre de l'autorité de la première. De ce conflit négatif naît une interruption du cours de la justice, préjudiciable à son bon fonctionnement.

La Cour de cassation a été, ainsi, amenée à reconnaître son pouvoir pour départager les opinions en présence. Dès un arrêt du 7 juillet 1899 (207), elle a admis cette possibilité lorsque le juge d'instruction avait décidé que l'affaire devait revenir devant le tribunal correctionnel et qu'en appel, la Cour avait reconnu qu'il s'agissait d'un crime. Dans ces conditions, l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il soit mis fin au conflit puisque les juridictions de jugement ne peuvent, sans empiéter sur la souveraineté des juridictions d'instruction, annuler des actes juridictionnels.

D'ailleurs, si l'on devait admettre une telle hypothèse, le cours de la justice n'en serait pas moins interrompu puisque le tribunal en annulant l'acte de saisine, ne serait plus saisi de rien (une exception existe pour la cour d'appel, par application de l'art. 520 C.P.P.) (208). L'indépendance des juridictions d'instruction s'oppose à cela : leurs décisions relèvent uniquement de la chambre d'accusation ou du contrôle de la Cour de cassation. De nombreuses décisions témoignent de l'application de cette règle (209).

566. — Le Code de procédure pénale contient des dispositions nouvelles en matière de règlement de juges. Outre le conflit positif de deux juridictions du même degré et du même ordre (art. 657 C.P.P.

(206) Ce motif est à nouveau invoqué dans un arrêt du 31-5-1961 (B. 279) et dans un autre du 21-6-1961 (B. 305).

(207) *Crim.*, 7-7-1899, B. 193.

(208) Voir ainsi *Crim.*, 3-1-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 3, p. 4.

(209) *Crim.*, 9-5-1903 ; S. 1906.I.526 ; *Crim.*, 18-3-1905 ; S. 1907.I.246 ; *Crim.*, 22-5-1914 ; S. 1917.I.31 ; *Crim.*, 23-7-1932, B. 187 ; *Crim.*, 7-8-1950, B. 235 ; *Crim.*, 10-11-1954, B. 326.

reproduisant sensiblement l'art. 526 C.I.C.) il est prévu le conflit négatif de juridictions.

L'article 659 C.P.P. dispose, en effet : « Lorsque, après renvoi ordonné par le juge d'instruction devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, cette juridiction de jugement s'est, par décision, devenue définitive, déclarée incompétente, il est réglé de juges par la chambre d'accusation. Cette décision est susceptible d'un recours en cassation ».

Si la chambre d'accusation ne peut connaître de l'affaire pour quelque raison que ce soit, l'article 660 C.P.P. indique, alors, que la chambre criminelle de la Cour de cassation sera compétente pour vider le conflit. L'ordonnance du 4 juin 1960 a apporté une modification de ces textes. L'article 659 nouveau attribue compétence à la chambre criminelle de la Cour de cassation dans toutes les hypothèses autres que celles prévues aux articles 657 et 658 C.P.P. Il est également mentionné que la Cour de cassation peut à l'occasion d'un pourvoi dont elle est saisie régler de juges d'office et par avance, en même temps qu'elle statue sur les actes faits par la juridiction qu'elle dessaisit.

Ainsi, le 16 novembre 1960 (210), la Cour de cassation a reconnu qu'il y avait lieu de procéder à un règlement de juges, par suite d'un conflit négatif, lorsque la juridiction correctionnelle, saisie par une ordonnance du juge d'instruction s'est déclarée incompétente au motif que les faits, s'ils étaient établis, constitueraient un crime.

Une solution identique serait admise si la juridiction saisie était un tribunal de police (211). Il en serait de même si la saisine de la juridiction de jugement provenait d'un arrêt de la chambre d'accusation. La juridiction de jugement, tribunal de police ou tribunal correctionnel, a toujours le devoir d'examiner préalablement sa compétence. Cela signifie que les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement sont indépendantes.

567. — Il est, toutefois, une exception à ce principe lorsque la juridiction de jugement saisie est la cour d'assises.

En raison de son caractère populaire, on a toujours considéré que les règles de compétence de la cour d'assises étaient différentes de celles des autres juridictions. Ses attributions ne sont pas limitées à la connaissance des seules infractions criminelles; elle a, en outre, la faculté de juger toute infraction dont elle aurait été saisie à tort (212). Indépendamment du caractère populaire fréquemment invoqué comme fondement de la plénitude de juridiction de la cour d'assises, il est un autre élément qu'il nous paraît utile de souligner.

(210) *Crim.*, 16-11-1960, B. 525. Voir aussi *Crim.*, 18-12-1962; *Bull. Crim.*, 1962, n° 375, p. 771; *Crim.*, 10-8-1963; *Bull. Crim.*, 1963, n° 269, p. 565; *Crim.*, 3-10-1963; *Bull. Crim.*, 1963, n° 270, p. 566.

(211) Ainsi, *Crim.*, 29-1-1958, B. 105. Signalons que la cour d'appel saisie d'une contravention jugée à tort par un tribunal correctionnel prononce directement la peine (art. 518 C.P.P.).

(212) Voir ainsi *Crim.*, 26-5-1964; *J.C.P.* 1964.IV.98.

Lorsque le tribunal correctionnel reconnaît son incompétence, c'est généralement parce que le fait se révèle un crime et non un délit. Dans ces conditions, la peine encourue ne peut pas être prononcée puisque les sanctions les plus sévères doivent émaner de magistrats assistés d'un jury. Il en serait différemment si le tribunal correctionnel était saisi à tort d'une contravention : des blessures par imprudence peuvent apparaître comme des violences légères lors de la qualification. Le juge correctionnel peut statuer sur la peine et sur l'action civile (art. 466 C.P.P.).

La situation est identique pour la cour d'assises. Saisie en principe d'un crime, cette juridiction n'est pas liée par la qualification retenue par les juridictions d'instruction : elle pourrait reconnaître que l'infraction est un délit. Pour autant, elle ne doit pas se déclarer incompétente. En effet, en statuant à propos d'un crime, la cour d'assises peut être amenée à prononcer une peine correctionnelle, par suite de la reconnaissance de circonstances atténuantes. De plus, l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande une telle solution. Il n'est pas bon qu'un inculpé attende la décision d'une juridiction de jugement trop longtemps, par le jeu d'artifices de procédure.

De cette manière, se trouve justifié, rationnellement et pratiquement, le principe de la plénitude de juridiction de la cour d'assises.

568. — Mais, au delà de ce principe traditionnel, il importe de remarquer que l'arrêt de mise en accusation possède un caractère particulier : au lieu d'être uniquement indicatif, cet arrêt fixe la compétence de la cour d'assises et est attributif de juridiction (213).

« Les cours d'assises, investies de la plénitude de juridiction en matière criminelle, se trouvent irrévocablement saisies de la connaissance des accusations ou préventions qui sont renvoyées devant elles par les chambres d'accusation; elles ne peuvent remettre en question la compétence qui leur est attribuée par les arrêts de ces chambres et s'exposer ainsi à élever un conflit que le législateur n'a pas prévu et qu'il n'y aurait aucun moyen légal de vider » (214).

Par la suite, la Cour de cassation a indiqué pour quelles raisons un tel arrêt était attributif : l'inculpé avait toute possibilité pour faire valoir ses arguments devant la chambre d'accusation, et en cas de refus, par cette juridiction, devant la Cour de cassation. De plus, préalablement à la saisine de la cour d'assises, diverses formalités préparatoires permettaient à l'accusé de présenter une demande en nullité (art. 296 C.I.C., élargi depuis une loi du 10 juin 1853) (215).

(213) Un arrêt du 24 décembre 1840 ne contient pas encore cette motivation. En l'espèce, la chambre criminelle reconnaît que l'incompétence dont il s'agissait était relative (incompétence fondée sur le lieu et la personne) et qu'elle pouvait être couverte par le silence de l'accusé (Crim., 24-12-1840 ; D. 1841.I.171).

(214) Crim., 7-5-1852, B. 150.

(215) Cette disposition n'a pas été reprise par le C.P.P.

Dès lors, la Cour de cassation estime que la défense est suffisamment assurée, dès l'instant que l'accusé n'a pas cru devoir former de voie de recours contre l'arrêt de mise en accusation (216).

569. — Mais c'est seulement dans l'hypothèse d'un renvoi en cour d'assises que l'arrêt de la chambre d'accusation est attributif de juridiction. A un moment, la jurisprudence a laissé planer un certain doute. Un arrêt du 29 août 1936 (217), en effet, avait reconnu le caractère attributif à l'arrêt de renvoi devant un tribunal militaire. Le conseiller-rapporteur, dans la note qu'il rédigea sous l'arrêt, justifiait la solution adoptée par une double impossibilité.

Impossibilité de fait, d'une part, en ce que le tribunal militaire ne pourra pas, de manière satisfaisante, statuer sur sa propre compétence. Impossibilité juridique, d'autre part, par analogie avec la procédure suivie devant la cour d'assises. La décision du tribunal militaire, comme celle de la cour d'assises, n'est pas susceptible d'appel : seul un pourvoi en cassation peut être présenté.

Ces arguments, toutefois, ne nous paraissent pas satisfaisants. La juridiction militaire est une juridiction d'exception et il convient de limiter son activité aux seules hypothèses reconnues par les textes. De plus, le tribunal militaire n'est pas une juridiction issue du peuple, qui, à ce titre, pourrait obtenir une extension de compétence. La Cour de cassation, d'ailleurs, devait revenir sur cette solution. Par un arrêt du 7 août 1947 (218), il est reconnu que si les cours d'assises ont la plénitude de juridiction et sont saisies par les arrêts de renvoi des chambres d'accusation, les arrêts de renvoi devant les tribunaux militaires, juridictions d'exception, ne sauraient avoir le même caractère attributif de compétence. Il est, en effet, de principe que les décisions des juridictions d'instruction n'ont pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des juridictions de jugement. Un arrêt du 4 février 1958 témoigne de la fermeté de cette nouvelle solution (219).

570. — Le Code de procédure pénale consacre officiellement le principe de la plénitude de juridiction de la cour d'assises. L'article 231 dispose « La cour d'assises a plénitude de juridiction pour juger les individus renvoyés devant elle par l'arrêt de mise en accusation ». D'autre part, l'article 594 C.P.P. précise que « l'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation, devenu définitif, fixe la compétence de la cour d'assises » (220).

Ainsi, la cour d'assises n'a pas à examiner si elle est compétente, et sa plénitude de juridiction se manifeste en tous domaines. Elle

(216) Ainsi Crim., 20-6-1856 ; D.P. 1856.I.374 ; Crim., 22-5-1862 ; D.P. 1867.5.93 ; Crim., 12-5-1885 ; D.P. 1885.I.330 ; Crim., 15-4-1920 ; S. 1922.I.398 ; Crim., 30-7-1921 ; S. 1923.I.239. *A contrario* : Crim., 29-8-1936 ; S. 1937.I.353 et Crim., 7-8-1947 ; D. 1947.463.

(217) Crim., 29-8-1936 ; S. 1937.I.353, note J.A. Roux.

(218) Crim., 7-8-1947 ; D. 1947.463.

(219) Crim., 4-2-1958, B. 116.

(220) Voir, à cet égard, Crim., 28-3-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 136, p. 274.

pourrait qualifier différemment le fait qui lui est proposé et prononcer la peine applicable. Une limite est imposée à ses pouvoirs : elle résulte de l'alinéa 2 de l'article 231 C.P.P. La cour d'assises ne peut pas connaître d'un fait autre que celui qui lui est dénoncé. Sur ce point, le texte de l'article 231 reproduit l'élaboration jurisprudentielle antérieure (221).

La cour d'assises ne diffère pas des autres juridictions de jugement qui peuvent redonner aux faits leur véritable qualification pénale (222). L'indépendance des juridictions de jugement est très grande à l'égard des juridictions d'instruction. Toutefois, ces dernières se révèlent indépendantes par le fait que les juridictions de jugement ne peuvent censurer leurs actes que dans des hypothèses très limitées.

2. — *L'indépendance de la juridiction de jugement pour l'appréciation des actes d'instruction.*

571. — Cette question a trait à la valeur des actes d'instruction. Différents principes vont se trouver en opposition. Le principe de l'indépendance des deux ordres de juridictions conduirait normalement à faire recommencer toute la procédure par la juridiction de jugement. Mais cette solution serait trop coûteuse et lente, et le rôle des juridictions d'instruction ne se trouverait pas justifié puisque leur mission unique est de préparer la phase de jugement (223).

Suivant cette dernière conception, l'on serait tenté de donner une valeur absolue aux preuves réunies par les différentes juridictions d'instruction. On se heurte, alors, au principe général de procédure que le juge d'une juridiction de jugement doit se décider d'après son intime conviction. A la différence de la procédure régie par la grande ordonnance de 1670, instituant un système de preuves légales préétablies, le C.I.C. a prévu exceptionnellement le cas où le juge sera obligé de tenir compte des procès-verbaux réunis.

L'intime conviction, toutefois, n'était mentionnée qu'en matière criminelle. Elle figurait à l'article 312 C.I.C dans la formule du serment des jurés qui devaient promettre « de se décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant leur conscience et leur intime conviction ». Ce principe était rappelé à l'article 342 C.I.C., dans la courte instruction adressée aux jurés avant de procéder aux délibérations (cet article a été abrogé lors de la réforme de la cour d'assises en 1941). En fait, les auteurs admettaient qu'il s'agissait d'un prin-

(221) Voir notamment un arrêt de Crim. du 8-1-1869 (D.P. 1870.I.436) qui refuse à une cour d'assises la connaissance d'un vol qui n'avait pas été visé par l'arrêt de renvoi. De même, Crim., 8-1-1892 (D.P. 1892.I.550) interdisant à un président de cour d'assises d'élargir le cadre des débats en proposant au jury le crime de suppression d'état comme une modification du crime d'infanticide (meurtre d'un nouveau-né).

(222) Crim., 26-5-1964 ; J.C.P. 1964.IV.98.

(223) On qualifie généralement l'instruction de « préparatoire » ou « préalable », sous-entendu à la phase de jugement.

cipe général s'appliquant à toutes les juridictions (224) et la jurisprudence ne manqua pas de l'affirmer (225).

572. — Le Code de procédure pénale y consacre plusieurs dispositions. En matière criminelle, l'article 304 relatif à la formule du serment des jurés reproduit la disposition de l'article 312 C.I.C. D'autre part, à l'issue même des débats, le président devra donner lecture, en vertu de l'article 353 C.P.P. de l'instruction suivante : « La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve... ». La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « Avez-vous une intime conviction ? » Cet avis que doit lire le président de la cour d'assises avant la délibération, devra aussi se trouver affiché en gros caractères dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations (art. 353 al. 1 C.P.P.).

Le principe de l'intime conviction est aussi énoncé à propos des autres juridictions de jugement. En matière correctionnelle, l'article 427 C.P.P. dispose « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». L'article 536 C.P.P. renvoie à l'article 427 C.P.P. pour l'administration de la preuve devant le tribunal de police, que l'article 537 complète en indiquant que les procès-verbaux, en général, effectués par toutes personnes chargées de fonctions de police judiciaire ne font foi que jusqu'à preuve contraire, laquelle pourra être rapportée par écrit ou par témoins.

573. — Plusieurs arrêts de la Cour de cassation rendus depuis la mise en application du C.P.P. rappellent ce principe. Le 12 mai 1960 (226), la chambre criminelle affirme qu'en matière pénale, les juges doivent se décider d'après leur intime conviction et ne sont liés par aucun moyen de preuve établi à l'avance, à l'exception de certaines matières où les procès-verbaux ont une force probante particulière (227).

Si la preuve est libre devant les juridictions de jugement, le dossier de l'instruction n'en est pas moins transmis aux juridictions de jugement. En droit, les pièces réunies au cours de l'information prépa-

(224) En ce sens, Ency. Dalloz, Droit criminel, V° Preuve, par G. STEFANI, n° 21 et ss.

(225) Parmi les arrêts récents, voir : Crim., 28-10-1948 ; D. 1948.569 ; Crim., 1-2-1950 ; D. 1950.265 ; Crim., 27-5-1952, B. 133 ; D. 1953, som. 26. Voir aussi Crim., 23-1-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 27, p. 62 ; Crim., 17-1-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 42, p. 80 ; Crim., 6-10-1960 ; Bull. Crim., 1960, n° 434, p. 862. De même, Crim., 16-7-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 241, p. 514.

(226) Crim., 12-5-1960, B. 260. De même, à propos de l'intime conviction : Crim., 6-10-1960, B. 434 ; Crim., 3-5-1961 ; B. 234 ; Crim., 14-6-1961, B. 297 ; Crim., 10-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 292, p. 623.

(227) Voir, à cet égard, BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1239 et ss ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 29, qui indiquent les exceptions au principe de l'intime conviction.

ratoire sont de simples éléments de preuve, qui doivent être soumis aux débats. « Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutés devant lui » (art. 427, al. 2 C.P.P.). Cet article exprime le principe de la contradiction et vaut devant toutes les juridictions répressives (228). En fait, cependant, le dossier de l'instruction va exercer une influence considérable sur le cours du procès.

574. — Il pourra être intéressant de prétendre que certains des actes sont irréguliers. Il convient de connaître les pouvoirs de la juridiction de jugement, en cette matière.

La question était mal résolue sous l'empire du C.I.C. Un titre III du Code contenait certaines dispositions relatives aux nullités de l'instruction et du jugement (art. 407 à 415 C.I.C.), et la jurisprudence dut jeter quelques lumières sur cette matière.

Il fut reconnu, tout d'abord, qu'en matière criminelle, aucune nullité ne pourrait être invoquée devant la juridiction de jugement. L'instruction a été menée obligatoirement à deux degrés. L'inculpé qui aurait à se faire grief de la nullité de certains actes pouvait solliciter la juridiction du deuxième degré de la reconnaître. Si la chambre d'accusation a reconnu l'acte régulier, il ne paraît pas possible d'invoquer un vice devant la juridiction de jugement. Il existe, en effet, une voie de recours contre les arrêts de la chambre d'accusation. De cette manière, la décision qui n'aurait pas respecté les formalités légales pourrait être annulée. Dès lors, puisque l'accusé a, à sa disposition, un moyen de critique, le fait pour lui de laisser expirer le délai pour exercer la voie de recours, équivaut à la reconnaissance de la validité de la procédure antérieure.

On exprime cette idée en affirmant que l'arrêt de mise en accusation emporte purge des vices de l'instruction préparatoire.

Cette règle est dégagée, pour la première fois, à notre connaissance, par un arrêt de la chambre criminelle du 31 octobre 1817 (229). Il est affirmé que les actes de la première instruction, antérieurs à la mise en accusation du prévenu, ne peuvent ni sous le rapport de la forme, ni sous celui de l'incompétence des fonctionnaires dont ils émanent, être soumis à l'examen et à la censure de la Cour de cassation. Depuis, ce principe a été invoqué à de nombreuses reprises (230). A

(228) Voir *Crim.*, 16-7-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 241, p. 514.

(229) *Crim.*, 31-10-1817, B. 107.

(230) *Crim.*, 30-1-1818, B. 15 ; *Crim.*, 22-7-1819, B. 84 ; *Crim.*, 20-1-1832, B. 24 ; *Crim.*, 19-1-1833, B. 17 ; *Crim.*, 9-9-1837, B. 268 ; *Crim.*, 7-1-1843, B. 1 ; *Crim.*, 3-10-1844, B. 334 ; *Crim.*, 1-8-1851, B. 317 ; *Crim.*, 7-9-1876, B. 203 ; *Crim.*, 26-4-1877, B. 109 ; *Crim.*, 8-5-1884, B. 158 ; *Crim.*, 10-6-1887, B. 213 ; *Crim.*, 13-5-1892 ; *D.P.* 1893.I.129 ; *Crim.*, 20-3-1903 ; *D.P.* 1903.I.200 ; *Crim.*, 30-3-1901, B. 109 ; *Crim.*, 22-3-1906, B. 144 ; *Crim.*, 13-2-1902, B. 65 ; *Crim.*, 27-5-1909, B. 292 ; *Crim.*, 3-7-1909, B. 355 ; *Crim.*, 28-10-1909, B. 482 ; *Crim.*, 4-4-1912, B. 195 ; *Crim.*, 15-4-1920, B. 180 ; *Crim.*, 31-12-1920, B. 515 ; *Crim.*, 2-6-1921, B. 237 ; *Crim.*, 25-8-1921, B. 359 ; *Crim.*, 22-5-1924, B. 222 ; *Crim.*, 30-8-1926, B. 226 ; *Crim.*, 23-12-1926, B. 325.

nouveau, le 19 mars 1947 (231) la Cour de cassation reconnaît que la cour d'assises, saisie par un arrêt de renvoi devenu définitif, doit tenir pour réguliers tous les actes antérieurs de l'information.

La solution de la Cour de cassation est justifiée. La matière criminelle est grave et la loi a organisé l'instruction à deux degrés. Au cours de l'information, l'inculpé a pu obtenir une certaine connaissance du dossier. Pour des actes particulièrement graves, comme la perquisition, l'inculpé a participé à l'exécution de l'acte : les documents saisis doivent lui être présentés. Si une irrégularité est commise, il pourra la proposer devant la chambre d'accusation.

575. — Cette juridiction a aussi pour mission principale d'examiner la régularité des procédures conduites par le juge d'instruction, afin qu'une juridiction répressive ne soit pas saisie d'une procédure incomplète. Si la chambre d'accusation estime la procédure régulière, alors que, manifestement, elle ne l'est pas, un pourvoi en cassation est possible. Ainsi, par un arrêt du 20 août 1955 (232) la chambre criminelle rappelle que les chambres d'accusation sont tenues de rechercher d'office les vices de la procédure et d'annuler la partie de l'information qui en est affectée.

En s'abstenant de statuer, la chambre d'accusation n'encourrait pas moins la critique de la Cour de cassation, si l'inculpé invoque à l'appui de son pourvoi toutes causes de nullités commises au cours de l'instruction (233). La chambre criminelle, en ce cas, examinerait l'état de la procédure et apprécierait la légalité des actes incriminés (234).

Dans l'hypothèse du rejet du pourvoi, aucune nullité tirée de l'instruction préparatoire ne pourra être invoquée pour faire annuler l'arrêt rendu par la cour d'assises (235). Ainsi la Cour de cassation n'a pas admis la demande fondée sur le fait qu'aucun interrogatoire n'avait été effectué par le juge d'instruction (236). Les vices les plus graves se trouvent, en quelque sorte, couverts par le consentement de l'accusé qui n'a pas cru opportun d'exercer une voie de recours à l'encontre de l'arrêt de mise en accusation. L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 ne devait rien changer à cet égard. Les différentes causes de nullité sont édictées, le plus souvent, dans l'intérêt de la défense et l'on conçoit aisément que cette personne puisse y renoncer même tacitement du moment qu'elle avait à sa disposition un moyen de faire réparer le vice.

576. — Mais aucun risque d'arbitraire n'était à craindre car la Cour de cassation s'est reconnue compétente pour relever d'office les

(231) *Crim.*, 19-3-1947, B. 81. Voir aussi *Crim.*, 4-1-1956 ; *Bull. Crim.*, 1956, n° 6, p. 7.

(232) *Crim.*, 20-8-1955, B. 375.

(233) *Crim.*, 2-12-1922, B. 400.

(234) *Crim.*, 15-6-1922, B. 209.

(235) *Crim.*, 12-1-1901, B. 141 ; *Crim.*, 4-8-1904, B. 365.

(236) *Crim.*, 7-9-1876, B. 203.

vices de la procédure préparatoire lorsqu'elle était saisie d'un pourvoi formé contre l'arrêt de mise en accusation. Tel est le sens d'un arrêt en date du 2 décembre 1899 (237).

La chambre criminelle affirme que, saisie dans le délai de l'article 373 C.I.C. (art. 568 C.P.P.), elle a l'obligation de relever, même d'office, toutes les nullités encourues au stade de l'instruction préparatoire, qui n'auraient pas été prises en considération par la chambre d'accusation. Il s'agit là d'un pouvoir important que s'est octroyée la chambre criminelle, dans le contrôle de la régularité des informations. Plusieurs applications ont été faites de ce principe, dont la dernière date du 20 août 1955 (238). Les chambres d'accusation sont tenues de rechercher, même d'office, les vices de la procédure et d'annuler la partie de l'instruction qui en est affectée. Si cette juridiction faillit à sa mission, la Cour de cassation examinera la procédure (239).

577. — Dans ces conditions, il est facile de comprendre pourquoi l'arrêt de mise en accusation purge les vices de l'instruction préparatoire. L'accusé avait un moyen commode de faire constater la nullité et il ne l'a pas utilisé. Il ne sera pas admis ultérieurement à avoir des remords tardifs pour obtenir l'annulation de la décision de condamnation. La cour d'assises devra tenir pour réguliers tous les actes de l'information sans pouvoir écarter l'un d'eux des débats. De même il ne serait pas possible d'en amoindrir l'autorité aux yeux des jurés en les présentant comme de simples renseignements. C'est ce qui fut décidé par un arrêt du 13 février 1902 (240). Un rapport d'expertise n'avait pas été critiqué devant la chambre d'accusation. Ultérieurement, l'accusé fit valoir l'absence du serment de l'expert. La cour d'assises rejeta cette prétention et la Cour de cassation reconnut que cet acte avait une autorité absolue.

Le Code de procédure pénale a apporté, en ce domaine, une certaine clarification. L'article 594 C.P.P. dispose, à cet égard, « en matière criminelle, l'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation, devenu définitif, fixe la compétence de la cour d'assises et couvre, s'il en existe, les vices de la procédure antérieure ».

Dès lors, l'accusé ne pourra pas invoquer, à l'appui de son pourvoi, des nullités qu'il n'aurait pas soulevées devant la chambre d'accusation (art. 595 C.P.P.). C'est, d'ailleurs, ce qu'a décidé la Cour de cas-

(237) *Crim.*, 2-12-1899, B. 349.

(238) Ainsi *Crim.*, 31-8-1905, B. 430 et 431 ; *Crim.*, 18-10-1907, B. 423 (relatif aux nullités de la loi de 1897) ; *Crim.*, 18-2-1909, B. 109 ; *Crim.*, 2-8-1913, B. 394 ; *Crim.*, 23-6-1921, B. 264 ; *Crim.*, 15-6-1922, B. 208 ; *Crim.*, 2-12-1922, B. 400 ; *Crim.*, 12-11-1931, B. 252 ; *Crim.*, 21-12-1944, B. 202 ; *Crim.*, 12-6-1947, B. 150 ; *Crim.*, 20-8-1955, B. 375.

(239) A propos des nullités, nous verrons que cette position a été démentie depuis l'entrée en vigueur du nouveau C.P.P.

(240) *Crim.*, 13-2-1902, B. 65.

sation par un arrêt du 11 mai 1960 (241). Un accusé prétendait devant la Cour de cassation qu'un interrogatoire avait été fait sans que son conseil ait été prévenu de cet acte. La chambre criminelle rejeta la demande en invoquant l'article 595 C.P.P., en ces termes « il ne résulte d'aucune mention de l'arrêt attaqué ni d'aucunes conclusions que ces prétendues nullités aient été proposées à la chambre d'accusation; il s'ensuit qu'elles ne peuvent plus l'être à l'appui du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de renvoi et que le moyen n'est pas recevable ». Aucune autre cause de nullité ne pouvant être relevée en l'espèce, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

578. — Les pouvoirs des autres juridictions de jugement ont été aussi précisés par le Code de procédure pénale. Le chapitre relatif au juge d'instruction comporte une section 10 intitulée « Des nullités de l'information », comprenant un article 174 définissant les attributions des juridictions de jugement. La solution adoptée n'est qu'un aménagement de celle prévue en matière criminelle. Il convient, en effet, de tenir compte de ce que souvent l'instruction n'est menée que devant le juge d'instruction. Ainsi l'inculpé n'a pas pu présenter de demande concernant la régularité de certains actes. La Cour de cassation n'a jamais admis, en effet, que l'inculpé puisse faire appel d'une ordonnance de renvoi, car les droits du prévenu demeuraient entiers pour présenter sa défense devant la juridiction de jugement (242). Il était même admis que la juridiction de jugement pouvait apprécier la régularité des actes d'instruction quand la chambre d'accusation avait statué en matière correctionnelle.

La première rédaction du C.P.P. reflétait cette solution. L'article 174 C.P.P. autorisait, dans tous les cas, les juridictions correctionnelles ou de police à prononcer l'annulation des actes d'instruction viciés. Il suffisait pour cela que les parties sollicitent l'examen de la procédure antérieure avant toute défense au fond (art. 385 al. 1 C.P.P.). De plus, si la chambre d'accusation examinait la procédure, l'arrêt portant renvoi devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel pouvait faire l'objet d'un pourvoi en cassation seulement dans l'hypothèse où il statuait sur la compétence ou présentait des dispositions définitives que le tribunal ne pourrait pas modifier (art. 574 C.P.P.) (243). La combinaison de ces deux articles permet de constater qu'aucun pourvoi en cassation ne peut être adressé à l'encontre de l'arrêt d'une chambre d'accusation qui n'aurait pas annulé certains actes, puisque la juridiction de jugement a tout pouvoir en ce domaine.

(241) *Crim.*, 11-5-1960, B. 250. Voir aussi *Crim.*, 28-12-1959, B. 590 ; *Crim.*, 21-3-1961, B. 191 ; *Crim.*, 1-12-1960, B. 565 ; *Crim.*, 18-10-1960, B. 454 ; *Crim.*, 13-10-1960, B. 448 ; *Crim.*, 22-6-1960, B. 338. Voir encore *Crim.*, 28-3-1963 ; *Bull. Crim.*, 1963, n° 136, p. 274 et *Crim.*, 27-12-1963 ; *J.C.P.* 1964.II.13543, note Chambon.

(242) Ainsi *Crim.*, 12-3-1958, B. 244 ; Depuis le C.P.P. voir en ce sens : *Crim.*, 31-5-1961, B. 279 ; *Crim.*, 21-6-1961, B. 305. De même, 1-12-1960, B. 565 ; 25-7-1960, B. 391 ; 25-2-1960, B. 115.

(243) Voir la jurisprudence citée au n° 561.

579. — Cette situation n'était pas pleinement satisfaisante. D'une part, l'article 595 C.P.P. disposait « Lorsque la chambre d'accusation est saisie d'une procédure d'instruction, tous moyens pris de la nullité de l'information doivent être proposés, faute de quoi, ils ne peuvent plus l'être ultérieurement. » Dans ces conditions, il semble que la juridiction de jugement doive tenir pour réguliers les actes qui n'auraient pas été contestés devant la chambre d'accusation. D'autre part, il apparaissait choquant qu'un juge du premier degré puisse aller à l'encontre des constatations effectuées par la chambre d'accusation, juge du deuxième degré.

Cette incohérence n'échappa pas à la commission chargée de modifier les articles du C.P.P. dont la rédaction avait soulevé des difficultés pratiques (244). Ainsi, l'ordonnance du 4 juin 1960 modifia les articles 174 et 595 C.P.P.

Si les juridictions correctionnelles et de police peuvent, comme par le passé, constater des nullités de l'information, c'est à la condition que ces procédures n'aient pas été examinées par la juridiction d'instruction du deuxième degré. L'article 174 dispose, dans son deuxième alinéa « Toutefois les juridictions correctionnelles ou de police ne peuvent prononcer l'annulation des procédures d'instruction lorsque celles-ci ont été renvoyées devant elles par la Chambre d'accusation ».

Ainsi l'article 595 C.P.P., dont la rédaction a été légèrement modifiée, peut se comprendre : chaque fois que la chambre d'accusation statue sur le règlement d'une procédure, tous moyens de nullité doivent être proposés. La chambre d'accusation a le devoir d'examiner le dossier de l'instruction (art. 206 C.P.P.), car ensuite aucun vice ne pourra plus être invoqué.

580. — Des arrêts de la chambre criminelle sont venus préciser les pouvoirs des juridictions de jugement. Ainsi, le 23 février 1961 (245), la Cour de cassation a cassé un arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas tenu compte des nouvelles dispositions de l'article 174. En l'espèce, le tribunal correctionnel avait reconnu des irrégularités commises lors d'une expertise (art. 167). Ayant annulé l'acte et la procédure ultérieure, il chargeait le ministère public de se pourvoir, selon la formule de l'article 174 ancien. Saisie d'un double appel, la cour d'appel se contenta de confirmer la décision. La Cour de cassation releva d'office le moyen pris de la violation des dispositions de l'article 174 nouveau. Quand la cour d'appel avait statué, l'ordonnance du 4 juin 1960 était intervenue. Désormais, les pouvoirs de la juridiction de jugement sont limités à la constatation des nullités textuelles (art. 170 C.P.P.) ou de l'inobservation des prescriptions de

(244) Ces problèmes ont été montrés dans la note M.R.M.P., D. 1961.288. Un tribunal militaire avait même décidé l'annulation de certains actes, mais la Cour de cassation a déclaré, par un arrêt du 31-3-1960 (B. 191), que les arrêts de la chambre d'accusation relevaient de son seul contrôle.

(245) Crim., 23-2-1961, B. 121 ; D. 1961.287, note M.R.M.P.

l'article 183 al. 1^{er}. L'article 167 ne figurant pas à ce texte, la cour d'appel ne pouvait annuler l'expertise irrégulière. Dans ces conditions l'arrêt fut cassé.

Un arrêt du 14 avril 1961 (246) précise à quelles conditions les juridictions correctionnelles ou de police peuvent annuler les actes de l'instruction préparatoire.

« En dehors des cas où l'ordre public aurait été méconnu, l'article 174 C.P.P. n'autorise les juridictions correctionnelles à prononcer la nullité des actes de l'information que si la nullité commise est l'une de celles que prévoit l'article 170 ou en cas de contravention à la disposition de l'article 183 al. 1 ». De plus, la chambre criminelle rappelle que ces exceptions doivent être présentées avant toute défense au fond par application de l'article 385 C.P.P. (247).

A cet égard, les juridictions militaires disposent des mêmes pouvoirs que les juridictions correctionnelles (248). Quand la juridiction de jugement aura constaté la régularité des actes, la Cour de cassation pourra, cependant, à propos d'un pourvoi examiner si la juridiction de jugement n'a pas commis une violation de la loi.

581. — Si les juridictions de jugement peuvent annuler certains actes d'instruction, elles n'ont aucun pouvoir sur les actes juridictionnels du juge d'instruction. Ainsi, la Cour de cassation n'a jamais admis qu'un tribunal correctionnel puisse annuler des mandats délivrés par un juge d'instruction (249). C'est que le mandat relatif à la détention n'est pas un véritable acte d'instruction mais un acte de juridiction. De même un tribunal correctionnel ne pourrait pas annuler une ordonnance de renvoi. Telle est la solution indiquée par la chambre criminelle le 30 octobre 1956 (250).

Saisi de plusieurs infractions, un juge d'instruction n'avait clos la procédure qu'à l'égard de certaines, suivant, en cela, les réquisitions du ministère public. L'inculpé, pour retarder le jugement, invo-

(246) Crim., 14-4-1961, B. 199. Voir aussi Crim., 14-12-1961 ; J.C.P. 1962.IV, p. 10, B. 528.

(247) Le 3-5-1961 (B. 230), la Cour de cassation a déclaré irrecevable le moyen tiré du défaut de prestation de serment de l'expert, qui n'avait pas été soumis aux juges du fond (art. 385 et 599 C.P.P.). Voir de même Crim., 18-12-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 379, p. 778 ; Crim., 14-2-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 94, p. 196 ; Crim., 11-12-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 367, p. 754 ; Crim., 10-7-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 249, p. 522 ; Crim., 23-12-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 373, p. 789. En matière de sûreté de l'Etat : Crim., 18-7-1963 et 21-11-1963 ; Bull. Crim., 1963, n° 261 et 328. En outre Crim., 29-12-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 349, p. 734.

(248) Le 5 octobre 1961 (B. 383), la chambre criminelle a déclaré formellement que les tribunaux militaires avaient les mêmes pouvoirs que les juridictions correctionnelles en matière de nullité (art. 174 C.P.P.). De même, le 26 octobre 1961 (B. 423), la Cour de cassation a admis qu'un tribunal militaire avait pu constater la régularité d'un acte, prétendu atteint d'une nullité d'ordre public. Voir aussi Crim., 11-12-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 367, p. 754.

(249) Ainsi Crim., 4-8-1820, B. 110 et B. 130 ; Crim., 26-8-1873, B. 233 ; Crim., 5-2-1875, B. 40.

(250) Crim., 30-10-1956, B. 687.

qua la nullité de l'ordonnance de renvoi puisqu'elle n'avait pas épuisé la juridiction du juge d'instruction. La Cour de cassation a estimé que la juridiction correctionnelle était sans qualité pour annuler l'ordonnance de renvoi du magistrat instructeur et que le ministère public devait saisir le juge d'instruction de nouvelles réquisitions pour qu'il soit statué sur les infractions.

L'article 174 C.P.P. ne permettrait pas, non plus, un tel empiètement, malgré la présence de la référence à l'article 183. Il a été, en effet, jugé le 18 janvier 1962 (251) que la violation des dispositions de l'article 183 n'autorisait pas une chambre d'accusation à constater la nullité de l'ordonnance. Le vice constaté n'affectait en rien la validité de l'ordonnance et ne permettait pas d'annuler un acte en soi régulier. Cette solution ne manquerait pas d'être admise s'il était statué sur les pouvoirs des juridictions de jugement.

Toutefois, si la juridiction correctionnelle constatait un des vices prévus à l'article 170, elle devrait prononcer la nullité de la procédure ultérieure. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une annulation des actes juridictionnels, mais d'un problème d'étendue de la nullité d'un acte.

582. — Mais les juridictions correctionnelles ou de police n'ont de tels pouvoirs que si la chambre d'accusation n'a pas statué. L'intervention de cette juridiction purge tous les vices de l'instruction préparatoire, comme en matière criminelle (252). Il est possible de se demander si un pourvoi en cassation pourra être exercé à l'encontre de l'arrêt de la chambre d'accusation. Le principe de l'article 574 C.P.P. demeure. Toutefois, il est permis de considérer que l'arrêt de la chambre d'accusation statuant sur des nullités de l'instruction contient des dispositions définitives qu'il n'est pas possible à la juridiction de jugement de modifier. Désormais, les actes d'instruction devront être tenus pour réguliers. De nombreux arrêts ont déjà été rendus sur cette question. Il apparaît qu'il importe de distinguer selon que la demande émane du prévenu ou de la partie civile.

Si la demande est adressée par le prévenu, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 1^{er} décembre 1960 (253), qu'elle était irrecevable. En l'espèce, d'ailleurs, le pourvoi soutenait la recevabilité en invoquant une prétendue nullité de l'information. Mais la Cour de cassation constate que cette irrégularité n'avait pas été présentée à la chambre d'accusation conformément à l'article 595 et elle ajoute « d'ailleurs même s'il en était autrement, le pourvoi étant actuellement irrecevable aux termes de l'article 574 C.P.P., c'est seulement

(251) *Crim.*, 18-1-1962 ; *J.C.P.* 1962.IV, p. 26.

(252) Ayant les mêmes attributions quelle que soit la raison de sa saisine, après le dessaisissement du juge d'instruction, il est logique que l'arrêt de la chambre d'accusation ait le même effet.

(253) *Crim.*, 1-12-1960, B. 565. Voir aussi *Crim.*, 28-3-1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 146.

après la décision sur le fond et en même temps que le pourvoi dirigé contre cette décision que la Cour de cassation pourrait éventuellement connaître des nullités de l'instruction préalable ».

A notre avis, le dernier membre de phrase nous paraît contraire à l'article 574 C.P.P. Que la Cour de cassation rejette le pourvoi parce que l'inculpé n'a pas fourni ses moyens devant la juridiction, cela est justifié par l'article 595 C.P.P. En revanche, l'article 574 autorise le pourvoi quand l'arrêt consacre des dispositions définitives, et tel est bien le cas lorsque la régularité d'une instruction est constatée. La juridiction de jugement pourra apprécier, à sa guise, les actes d'instruction, mais elle ne peut plus en constater l'irrégularité.

583. — En présence de cette solution, il semble, toutefois, que l'inculpé pourrait utiliser la procédure des articles 570 et 571 C.P.P. L'alinéa 7 de ce dernier article dispose, en effet : « Les dispositions de l'article 570 et du présent article sont applicables aux pourvois formés contre les arrêts préparatoires, interlocutoires ou d'instruction rendus par les chambres d'accusation ».

Or, l'arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle ou de police constituée, par rapport à la procédure suivie, un arrêt d'instruction puisqu'il ne lie la juridiction de jugement ni en ce qui concerne la compétence, ni en ce qui a trait à la qualification des faits. L'utilisation de cette procédure sera bénéfique à tous les intérêts : si la demande du prévenu est sérieuse, la chambre criminelle examinera l'affaire et statuera, en sorte que la décision de la juridiction de jugement ne pourra pas être annulée pour une cause provenant de l'instruction préparatoire ; en revanche, les moyens dilatoires seront écartés. Ainsi l'intérêt d'une bonne administration de la justice sera-t-il sauvegardé, en même temps que les droits de la défense.

Si le pourvoi émane de la partie civile, ce sera souvent à la suite d'un arrêt de non-lieu, car en toute autre hypothèse les droits de cette partie se trouvent conservés (art. 575 C.P.P.). La partie civile invoquera, alors, une nullité de l'instruction préparatoire pour obtenir un nouvel examen de la procédure devant une juridiction peut-être plus élémentaire. A ce moment, la Cour de cassation n'a pas manqué de faire application de l'article 595 C.P.P., aux termes duquel une nullité ne peut être invoquée devant la Cour de cassation que si elle a été proposée devant la Chambre d'accusation (254).

Ainsi les juridictions de jugement disposent de pouvoirs très limités à l'égard des actes accomplis par les juridictions d'instruction, en sorte que l'on serait tenter d'affirmer une indépendance presque totale entre les deux ordres de juridictions. Une telle conception, toutefois, est difficilement possible car l'un des deux ordres est au service de l'autre. Il en résulte des interférences nécessaires.

(254) Ainsi Crim., 22-6-1960, B. 338 ; Crim., 18-10-1960, B. 454 et Crim., 21-3-1961, B. 191.

§ 2. — Les interférences entre les deux ordres de juridictions.

584. — Nous ne ferons qu'esquisser les relations existant entre les deux ordres de juridictions, car la plupart de ces problèmes ont déjà été examinés. Les interférences se présentent en deux domaines : relativement aux personnes et aux actes.

A. — LES INTERFÉRENCES RELATIVES AUX PERSONNES.

585. — En principe, les personnes qui ont conduit l'instruction ne peuvent occuper une fonction au sein d'une juridiction de jugement. Il est toutefois une hypothèse où cette interdiction ne s'applique pas : en matière de mineurs délinquants.

Pour cette catégorie de justiciables, le point de vue répressif a été abandonné depuis longtemps, et l'ordonnance du 2 février 1945 n'a fait que compléter un système qui n'était pas totalement cohérent. A la suite des données de la psychologie expérimentale, on s'est aperçu que le mineur ne pouvait être considéré comme un adulte dont la responsabilité se trouverait seulement atténuée par le fait de l'âge. L'adulte doit être puni parce qu'il n'a pas opposé de résistance à des sollicitations particulières; le mineur, en revanche, n'a pas encore acquis de personnalité. Plus précisément, c'est un manque dans l'éducation du mineur qui est à l'origine probable de son activité nuisible au corps social. Au lieu de le punir, il convient de lui apporter l'éducation qui lui a fait défaut. La personnalité du délinquant fonde tout le droit pénal des mineurs.

Dans ce dessein, le juge des enfants est un juge spécialisé, choisi en raison de l'intérêt qu'il porte aux problèmes de l'enfance. Certes, les textes permettent au ministère public de saisir au choix le juge des enfants ou le juge d'instruction. En pratique, l'affaire sera confiée au juge des enfants lorsque le mineur doit être traduit devant le tribunal pour enfant (255). Le juge des enfants, après avoir procédé à l'instruction, pourra juger le mineur, seul pour prononcer une sanction peu grave ou avec l'aide de deux assesseurs pour ordonner une mesure plus sévère.

Ainsi le juge des enfants cumule deux fonctions normalement incompatibles entre elles. Il s'agit là d'un privilège propre à ce magistrat qui ne saurait être étendu à un juge d'instruction instruisant une affaire de mineurs. C'est parce qu'il doit juger le mineur que le juge des enfants a la faculté de procéder à l'instruction. Sa formation particulière est utile au mineur dès la phase préparatoire du procès.

586. — D'ailleurs, loin de s'analyser en une dérogation au principe de l'interdiction du cumul des fonctions, le statut du juge des

(255) Voir, pour l'hypothèse de la saisine du juge d'instruction, *supra* n° 402 et ss.

enfants manifeste beaucoup plus une confirmation de la règle selon laquelle toute juridiction de jugement a la possibilité de prescrire un supplément d'information.

En effet, bien que la juridiction de jugement doive tenir pour réguliers les actes effectués par la juridiction d'instruction, la procédure doit être menée oralement. Ce principe avait été dégagé à propos de la cour d'assises en vertu des textes relatifs au témoignage (256), mais il était également affirmé pour les tribunaux correctionnels et de police. Le Code de procédure pénale consacre cette jurisprudence traditionnelle. L'article 306 énonce qu'en matière criminelle les débats sont publics, et l'article 427 dispose dans son alinéa 2 à propos du tribunal correctionnel que « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui » (ce texte est applicable au tribunal de police : art. 536 C.P.P.) (257).

Or, il peut arriver qu'au cours des débats, l'une ou l'autre des parties invoque tel ou tel fait, réclame l'exécution d'une expertise ou la production de tel document. La juridiction de jugement ne doit rien négliger et tout mettre en œuvre pour se décider en pleine connaissance de cause.

587. — En l'absence de tout texte précis, le droit d'ordonner un supplément d'information a toujours été reconnu aux juridictions de jugement. En matière correctionnelle, un arrêt du 19 mars 1825 (258) consacre cette solution, et un arrêt du 30 août 1844 (259) a admis qu'une cour d'assises puisse ordonner le renvoi de l'affaire à une autre session pour permettre la confection d'actes supplémentaires.

De même, malgré l'imprécision des articles du C.I.C., la Cour de cassation a considéré que le président de la cour d'assises pouvait compléter l'instruction avant l'ouverture des débats. Un arrêt du 26 juin 1828 (260) affirme que « s'il peut entendre de nouveaux témoins, il peut aussi, par une conséquence nécessaire, faire tous les autres actes qu'il croit propres à compléter l'instruction ». Mais ce droit de faire procéder à une information supplémentaire n'est accordé qu'au seul président de la cour d'assises. Il est arrivé, parfois, que le ministère public ait utilisé ces attributions en arguant de l'urgence des constatations, mais la Cour de cassation n'a jamais reconnu à ces actes la valeur d'actes d'instruction (261).

(256) *Crim.*, 8-11-1934 ; D.H. 1935.7. En ce qui concerne le tribunal militaire : *Crim.*, 2-11-1949 ; D. 1950.75.

(257) Voir, en dernier lieu, *Crim.*, 23-1-1964 ; *Bull. Crim.*, 1964, n° 27, p. 62.

(258) *Crim.*, 19-3-1825, B. 50.

(259) *Crim.*, 30-8-1844, B. 305.

(260) *Crim.*, 26-6-1828 ; D.P. 1828.I.296.

(261) Voir ainsi, notamment, *Crim.*, 12-2-1880 ; D.P. 1880.I.191 ; *Crim.*, 5-9-1901 ; D.P. 1903.I.622. La Cour de cassation admet cependant ces actes à titre de renseignements et considère la procédure régulière du moment qu'ils ont pu faire l'objet d'un débat contradictoire.

Le Code de procédure pénale accorde des pouvoirs au président de la cour d'assises (art. 283) et reconnaît la possibilité, pour un tribunal correctionnel, d'ordonner un supplément d'information (art. 463). Bien qu'aucun texte ne soit consacré à la cour d'assises, il paraît possible que cette juridiction puisse prescrire le renvoi à une autre session quand l'instruction se révélerait insuffisante. Ainsi, les juridictions de jugement vont ordonner des informations complémentaires qui sont confiées à leurs membres. En résultera-t-il une incompetence pour participer à la juridiction de jugement ?

588. — Certains condamnés ont invoqué ce moyen pour faire annuler le jugement. Puisque le juge d'instruction ne peut juger une infraction qu'il a instruite, il doit en être de même pour le magistrat qui a effectué une information complémentaire. Dès un arrêt du 12 juillet 1833 (262) la Cour de cassation refuse l'application de l'article 257 C.I.C. (art. 253 C.P.P.).

Pour écarter un juge de la juridiction de jugement, il faut que l'acte d'instruction ait été effectué avant le renvoi devant cette juridiction. Depuis ce moment, une jurisprudence constante s'est manifestée ainsi qu'en témoigne un arrêt du 21 février 1946 (263).

Une même solution a été admise relativement à l'application de l'article 1^{er} de la loi du 8 décembre 1897. Dès le 26 avril 1900 (264), la chambre criminelle déclarait que cette loi était étrangère au supplément d'information ordonné par une juridiction de jugement. L'intervention de la loi du 28 octobre 1955 déclarant applicables aux suppléments d'information les formalités de la loi de 1897 aurait pu faire naître un conflit, en interdisant désormais au magistrat délégué de juger l'affaire.

Le législateur n'a pas voulu s'engager sur cette voie délicate, aussi le nouvel article 15 ne prévoit pas l'extension de l'article 1^{er} aux suppléments d'information. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation exigeait, en principe, que le magistrat chargé du supplément d'information fasse partie de la juridiction de jugement. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il fut cependant admis que la juridiction puisse être composée différemment pourvu que l'affaire soit reprise à partir du rapport.

589. — La seule explication de ce cumul de fonctions réside dans le fait que le pouvoir de juger entraîne celui de compléter la preuve présentée. Les juridictions de jugement ont le devoir de statuer, en

(262) Crim., 12-7-1833, B. 268.

(263) Ainsi Crim., 22-4-1836, B. 127 ; Crim., 26-2-1841, B. 53 ; Crim., 30-8-1844, B. 305 ; Crim., 31-1-1895 ; D.P. 1899.I.462 ; Crim., 29-7-1898, B. 272 ; Crim., 27-1-1899, B. 4 ; D.P. 1899.I.240 ; Crim., 17-3-1899 ; D.P. 1899.I.613 ; Crim., 17-9-1903, B. 333 ; Crim., 17-8-1911, B. 421 ; Crim., 24-2-1921 ; D.P. 1921.I.171 ; Crim., 21-2-1946, B. 66 ; D. 1946.241.

(264) Crim., 26-4-1900, B. 158 ; D.P. 1904.I.444 ; S. 1903.I.199 ; Crim., 3-4-1911, B. 205.

suppléant d'office au manque de preuves : elles ne pourraient relaxer un individu au motif d'une insuffisance de l'instruction (265).

Tel est aussi l'argument invoqué par M.R.M.P. pour justifier l'absence de nullité dans l'hypothèse où le juge d'instruction n'aurait pas prescrit un examen de personnalité (266). En réalité, rien n'est définitif au stade de l'instruction préparatoire. S'il est souhaitable que tous les éléments nécessaires à la juridiction de jugement soient réunis au cours de l'instruction, la juridiction de jugement n'en conserve pas moins la possibilité d'ordonner toute mesure utile à l'éclairer (267).

L'exception à l'indépendance des deux ordres de juridictions apparaît assez faiblement relativement aux personnes, en revanche, les interférences vont être beaucoup plus réelles dans le domaine des actes.

B. — EN CE QUI CONCERNE LES ACTES.

590. — La séparation des deux ordres de juridictions se trouve infléchie de deux manières. Admettre l'indépendance totale de la juridiction de jugement pourrait conduire à la limite, à autoriser sa saisine alors qu'une instruction est en cours. La juridiction de jugement irait à l'encontre des pouvoirs de la juridiction d'instruction qui se trouverait dessaisie. De plus, la fonction d'instruction ne peut être considérée dans l'abstrait. Si la tâche de confectionner des actes d'instruction a été confiée à une juridiction, il serait absurde que ces documents n'aient qu'une existence éphémère. Destinés à préparer le travail de la juridiction de jugement, les actes d'instruction pourront être utilisés par cette juridiction. Ainsi l'indépendance des deux ordres de juridictions se trouve-t-elle tempérée en raison de l'antériorité de la phase préparatoire.

1. — *Tant qu'une juridiction d'instruction est saisie, la juridiction de jugement ne peut effectuer aucun acte.*

591. — Cette règle a été dégagée par la jurisprudence au cours du XIX^e siècle. Elle ne peut, d'ailleurs, pas s'appliquer en matière criminelle puisque la cour d'assises ne peut être saisie que par l'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation. Comme l'instruction préparatoire n'était pas possible en matière de contravention, les arrêts rendus par la Cour de cassation ont trait exclusivement aux juridictions correctionnelles.

(265) Voir *supra* n° 453. En ce sens, crim., 30-10-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 300, p. 623 et les références citées.

(266) *Supra* n° 508 et ss.

(267) Voir encore, sur le caractère non définitif de l'instruction, Crim., 27-2-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 73, p. 164.

Il est affirmé, le 7 juin 1821 (268), que le procureur de la République ne peut pas dessaisir un juge d'instruction en citant directement le prévenu devant le tribunal correctionnel. Une fois choisie la voie de l'instruction, l'indépendance du juge d'instruction s'oppose à ce que la partie poursuivante puisse le dessaisir de la connaissance d'une affaire, par suite de la saisine d'une juridiction de jugement.

Réciproquement, la juridiction de jugement ne peut pas être dessaisie en vue de la saisine du juge d'instruction. Ainsi, le 18 novembre 1899 (269), la Cour de cassation déclare que le ministère public ne peut faire ouvrir une information lorsque la partie civile a saisi le tribunal correctionnel pour le même fait. En d'autres termes, ce deuxième acte de poursuite allait à l'encontre de la règle *non bis in idem*. Or, tel n'était pas le cas dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 19 avril 1929 (270). Le procureur de la République avait saisi le juge d'instruction d'une affaire de vols. Après l'information, ce dernier conclut au renvoi devant le tribunal correctionnel. Pendant l'information, le ministère public avait utilisé la procédure de la citation directe, en sorte que les mêmes prévenus avaient été condamnés deux fois pour les mêmes faits. Un pourvoi fut formé devant la Cour de cassation qui rappela que le ministère public ne peut plus, après avoir requis le juge d'instruction d'informer contre les prévenus, procéder par la voie de la citation directe. Dans ces conditions, la nullité de la citation directe entraîne celle de la procédure et du jugement qui en ont été la suite.

592. — Mais pour que l'impossibilité soit reconnue, il faut que certaines identités soient réunies : identité de fait matériel, identité d'auteur et même identité de cause juridique. Ainsi, dans une information menée devant un juge d'instruction à la suite d'un accident de chemin de fer, la partie civile a la possibilité de saisir directement le tribunal correctionnel en citant une personne non inculpée au cours de l'instruction. La Cour de cassation constate dans un arrêt du 5 mai 1933 (271) que la personne dont il s'agit n'avait pas été inculpée par le juge d'instruction et d'ailleurs que la citation de la partie civile était intervenue après la clôture de l'information du juge. La règle de l'interdiction du dessaisissement n'avait pu être transgressée en l'espèce.

Il avait, en effet, déjà été jugé que rien n'interdisait à la partie civile de saisir directement le tribunal correctionnel, après une ordonnance de non-lieu, du moment que la citation s'adressait à une personne non inculpée par le juge d'instruction. Si la personne avait été

(268) Crim., 7-6-1821, B. 88.

(269) Crim., 18-11-1899, B. 331. Voir aussi, en ce qui concerne le dessaisissement effectué par le ministère public : Crim., 3-7-1880, B. 138 ; S. 1881.I.481. La partie civile n'aurait pas plus de droits en cette hypothèse : Paris, 7-11-1913 (D.P. 1914.2.106) ; Paris, 3-5-1934 (D.H. 1934.403).

(270) Crim., 19-4-1929, B. 131 ; S. 1931.I.34.

(271) Crim., 5-5-1933, B. 98 ; D.H. 1933.318 ; S. 1935.I.39 ; G.P. 1933.2.225.

inculpée par le juge, elle aurait pu invoquer l'autorité de la chose jugée résultant de l'ordonnance de non-lieu. C'est ce que reconnaissait un arrêt de la chambre criminelle du 5 janvier 1878 (272). Le ministère public, après la clôture de l'information, avait cité directement le civilement responsable qui n'avait pas collaboré au fait criminel et la Cour de cassation a reconnu la validité de cette procédure.

593. — Le problème était un peu plus complexe dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 6 mars 1957. Une partie civile s'était constituée devant un juge d'instruction en portant plainte contre X... Aucune inculpation ne fut retenue par le juge qui rendit une ordonnance de non-lieu. Dans ces conditions, la partie civile pouvait-elle citer directement devant le tribunal correctionnel des personnes soupçonnées d'être les auteurs de l'infraction ?

Le tribunal de la Seine, après avoir retenu sa compétence, estima cette procédure régulière. Mais la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 15 juin 1955 (273) infirma le jugement, qui aboutissait soit à permettre la réouverture d'une procédure dans une hypothèse non prévue par la loi, soit à aller à l'encontre de l'autorité de chose jugée possédée par l'ordonnance de non-lieu. La chambre criminelle cassa l'arrêt de la Cour de Paris, car « si la partie qui a saisi le juge d'instruction ne peut abandonner la voie de l'instruction préparatoire pour traduire directement le prévenu devant la juridiction correctionnelle, elle peut, au contraire, après la clôture de l'information, user de la voie de la citation directe sans violer les articles 63 et 182 C.I.C. contre une personne qui n'a pas été l'objet de l'instruction requise ». « Tel est le cas de l'espèce, X... et Y... n'ayant à aucun moment été inculpés devant le juge d'instruction, ni même visés dans la plainte avec constitution de partie civile » (274).

La cour d'appel d'Amiens saisie comme cour de renvoi, adopta une solution identique à la cour d'appel de Paris, les chambres réunies de la Cour de cassation furent appelées à vider le conflit. Le conseiller Monguilan montra, dans son rapport, que le problème était relatif non à un problème de reprise de l'instruction sur charges nouvelles, mais véritablement à l'autorité de chose jugée accordée à l'ordonnance de non-lieu. Pour que cette autorité soit reconnue, il convient d'examiner si la triple identité indiquée à l'article 1351 C. civil est réalisée. Or, en l'espèce, il n'y a pas identité de personnes puisque l'ordonnance de non-lieu ne concernait pas les individus déférés devant la juridiction correctionnelle. Le conseiller-rapporteur après avoir examiné tous les arguments invocables en l'espèce, concluait en reconnaissant « qu'aucun texte, non plus qu'aucun principe de notre droit pénal ne pouvait permettre, dans l'espèce considérée, d'interdire

(272) *Crim.*, 5-1-1878, B. 7.

(273) *Paris*, 15-6-1955 ; D. 1955.795, note F.G.

(274) *Crim.*, 6-3-1957, B. 230 ; D. 1958.25, note Bouzat ; J.C.P. 1957.II.9993, note Chambon ; S. 1957.327 et le rapport de M. LEBOUX.

à la partie lésée d'user de son droit de citation directe, alors que l'information est close et que la citation directe vise des personnes qui n'ont été à aucun moment inculpées par le juge d'instruction ». Les chambres réunies devaient adopter la solution proposée par le conseiller-rapporteur et confirmer en même temps la position de la chambre criminelle (275).

Ainsi, tant qu'une juridiction d'instruction se trouve saisie d'une affaire, il est interdit à une juridiction de jugement d'en connaître. Ultérieurement, celle-ci pourra en être saisie, sous réserve des règles procédurales concernant la chose jugée (276). Mais quand la juridiction de jugement sera saisie, il lui sera possible d'utiliser tous les documents réunis au cours de l'information judiciaire.

2. — *La juridiction de jugement peut utiliser tous les documents de l'instruction préparatoire.*

594. — Puisque l'instruction à l'audience doit être orale et contradictoire, on pourrait penser que les documents réunis au cours de l'instruction doivent être écartés. L'oralité et la contradiction sont, en effet, de règle en matière de procédure définitive, quelle que soit la juridiction répressive. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, en date du 14 mars 1850 (277), rendu en matière disciplinaire indique que « la publicité des débats, surtout en matière répressive, est de droit public en France ».

A propos du jury, Faustin Hélie affirme que « l'instruction orale est la seule forme de procédure qui se concilie avec le principe de la conviction intime qui fait, aujourd'hui, le fondement de tous les jugements, car ce principe suppose la certitude morale et cette certitude, seul critérium de la vérité ne s'acquiert que par la libre discussion des accusés et des témoins » (278).

Pour la cour d'assises, cette règle est affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 janvier 1841 (279) : le jury doit se fixer d'après les résultats du débat et non d'après les pièces de la procédure. En matière correctionnelle, cette affirmation figure dans une espèce où les juges avaient cru pouvoir utiliser des dépositions de témoins faites à l'occasion d'une autre poursuite distincte et séparée, dirigée contre un autre prévenu (280). En matière de police, le juge ne pourrait faire état de renseignements obtenus en dehors de l'audience (281).

(275) Cass. réunies 24-4-1961, B. 222 ; J.C.P. 1961.II.12131, rapport du conseiller MONGUILAN ; D. 1961.733, note Bouzat.

(276) Voir aussi Crim., 30-10-1956 (B. 687), qui interdit à une juridiction de jugement de connaître d'infractions pour lesquelles le juge d'instruction ne s'est pas dessaisi. Nîmes, 18-5-1962, J.C.P. 1963.II.13069.

(277) Crim., 14-3-1850 ; D.P. 1850.5.394.

(278) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome VII, n° 3407.

(279) Crim., 7-1-1841, cité par C.I.C. annoté Dalloz, sous article 317, n° 721.

(280) Crim., 10-5-1851 ; D.P. 1851.5.512.

(281) Voir la jurisprudence citée dans le C.I.C., annoté Dalloz, sous l'article 154, n° 25 à 53, et dans le C.I.C. de LE POITTEVIN (art. 153, n° 88 à 98 et plus spécialement n° 89).

Toutefois, si les documents réunis étaient soumis à la libre discussion des parties, les juges pourraient fonder leur conviction sur eux. Tel a, d'ailleurs, été l'argument qui a permis à la jurisprudence d'admettre les actes effectués sous le nom d'enquête officieuse par le ministère public (282).

Dans ces conditions, l'instruction écrite ne peut servir directement. C'est ainsi que le 1^{er} août 1862 (283), la chambre criminelle annula l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était prononcée sur un procès-verbal communiqué après la mise en délibéré de l'affaire. La défense n'avait pu être assurée puisqu'elle n'avait pas eu communication de ce procès-verbal, non débattu à l'audience. Sur la base de ce principe, de nombreuses décisions ont été rendues (284).

595. — Il est permis, alors, de se demander quelle place occupent les actes de l'instruction préparatoire dans la procédure de jugement. Admettre l'oralité et la contradiction ne doit pas entraîner l'anéantissement absolu des actes d'instruction. La Cour de cassation a proposé une solution de sagesse.

Après avoir admis que le juge correctionnel pouvait accepter toute sorte de preuve, du moment qu'elle avait été soumise à la discussion contradictoire de l'audience (285), la question s'est posée de savoir si l'on devait admettre la déposition écrite d'un témoin. La Cour de cassation a considéré que « Les magistrats peuvent puiser les éléments de leur conviction dans les documents que l'instruction écrite a réunis; aucune disposition de loi ne leur interdit cette faculté » (286).

Cette motivation est reproduite dans de nombreux arrêts ultérieurs (287), et à nouveau le 19 mai 1958 (288). « En police correctionnelle, est-il affirmé, le débat n'est pas exclusivement oral. Les juges peuvent s'appuyer sur les moyens de preuve autres que les témoignages recueillis à l'audience par eux, et puiser les éléments de leur conviction dans les documents que l'instruction écrite a réunis; aucune disposition de loi ne leur interdit cette faculté ». Il suffit, pour cela, « que les moyens de preuve soient soumis aux débats ».

(282) Voir *supra* n^{os} 278 et 284.

(283) Crim., 1-8-1862, B. 193 ; D.P. 1866.5.529.

(284) Ainsi : Crim., 14-2-1889, B. 61 ; Crim., 19-5-1893, B. 139 ; Crim., 12-9-1895, B. 242 ; Crim., 12-2-1897, B. 52 ; Crim., 10-1-1908, B. 8 ; Crim., 3-6-1915, B. 111 ; Crim., 20-7-1916, B. 158 ; Crim., 21-12-1916, B. 286 ; Crim., 18-4-1929, B. 126 ; Crim., 26-5-1933, B. 117.

(285) Voir, à cet égard, Crim., 22-1-1857 ; D.P. 1857.I.64, puis Crim., 10-7-1863 ; D.P. 1863.I.482 (renvoyant à un arrêt du 12-1-1854, D.P. 1854.5.228, qui présumait la contradiction d'un document pour lequel l'accusé n'avait élevé aucune réclamation devant la cour d'assises). De même Crim., 6-3-1856 ; D.P. 1856.I.225 (aveux écrits débattus contradictoirement) ; Crim., 16-7-1964 ; Bull. Crim., 1964, n^o 247, p. 514.

(286) Crim., 18-7-1884, B. 242 ; D.P. 1885.I.42 ; S. 1885.I.426. Voir déjà Crim., 22-12-1853, B. 593 et Crim., 30-7-1863, B. 210, pour l'admission d'un témoignage écrit à la procédure de jugement lorsque le témoin était décédé par la suite.

(287) Ainsi Crim., 7-3-1879, B. 62 ; Crim., 30-10-1885, B. 287 ; Crim., 3-3-1894, B. 62 ; Crim., 4-5-1905, B. 213 ; Crim., 6-5-1909 ; D.P. 1911.5.25.

(288) Crim., 19-5-1958, B. 400.

Dans ces conditions, la Cour de cassation a pu annuler une décision qui faisait état d'un rapport confidentiel rédigé par un juge de paix sur commission rogatoire (289). Aucune mention ne figurait au dossier ni sur la pièce, qui puisse prouver sa communication à la défense. L'arrêt rendu sur la base de ce rapport, qui affirmait la culpabilité de l'accusé non douteuse, avait ainsi violé les droits de la défense. En revanche, n'encourrait aucune critique la décision qui n'aurait pas suppléé à l'absence de témoignages oraux par la lecture des dépositions écrites (290).

596. — Il en serait de même devant la cour d'assises. Les anciens auteurs faisaient une distinction en se fondant sur le texte de l'article 317 C.I.C., prévoyant l'oralité des témoignages. En réalité, l'instruction écrite joue le même rôle quelle que soit la juridiction de jugement : l'essentiel réside dans la soumission des preuves aux débats quelle que soit leur origine (291).

Il convient de remarquer aussi que le président de la cour d'assises dispose d'un moyen efficace : le pouvoir discrétionnaire. L'article 268 C.I.C. conférerait, en effet, à ce magistrat un pouvoir absolu et illimité en vertu duquel « il pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité, la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation ». L'article 310 C.P.P. confie une semblable mission au président de la cour d'assises. Le pouvoir discrétionnaire du magistrat lui permettra de donner connaissance de certains documents qui n'auraient pas été communiqués à la défense. En principe, ils ne vaudront que comme renseignements, mais les parties pourront les discuter et les jurés en tenir compte (292).

L'utilisation du pouvoir discrétionnaire permettra à l'instruction écrite d'être débattue contradictoirement, dans l'hypothèse où certains éléments du dossier n'auraient pas été donnés au conseil de l'accusé (293). L'instruction écrite servira de base à la

(289) *Crim.*, 3-5-1935, B. 50. Le bulletin donne comme référence deux arrêts antérieurs non publiés : *Crim.*, 28-1-1934 et 13-7-1934.

(290) Ainsi *Crim.*, 21-6-1920, B. 290 et *Crim.*, 27-11-1926, B. 278 pour le Conseil de guerre. Antérieurement, le 2-8-1872 (D.P. 1872.I.281), il avait été décidé que le principe de l'oralité des débats s'appliquait devant cette juridiction.

(291) Ainsi *Crim.*, 22-12-1933 (B. 247) déclare que les juges peuvent faire état d'une procédure antérieure. En l'espèce, rien ne permettait d'affirmer la libre discussion, aussi la cassation a-t-elle été encourue. Voir, déjà, pour l'admission d'une procédure antérieure : *Crim.*, 14-2-1889, B. 61 *Crim.*, 19-5-1893, B. 139 ; *Crim.*, 12-9-1895, B. 242 ; *Crim.*, 12-2-1897, B. 52 ; *Crim.*, 10-1-1908, B. 8 ; *Crim.*, 3-6-1915, B. 111 ; *Crim.*, 20-7 et 21-12-1916, B. 158 et 286 ; *Crim.*, 18-4-1929, B. 126 et *Crim.*, 26-5-1933, B. 117.

(292) Voir *Crim.*, 6 janvier 1962 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 10 et 12.

(293) Le pouvoir discrétionnaire est accordé au magistrat dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le président ne pourrait plus effectuer de véritables actes écrits, mais il peut prescrire l'audition de telle personne, telle demande de renseignement. C'est un procédé qui relève véritablement de l'office du juge (cf. la thèse de M. NORMAND, Lille, 1961).

procédure de jugement, tandis que les droits de la défense seront préservés (294).

597. — Ainsi, les actes d'instruction ne sont pas des choses qui ne peuvent survivre à leur auteur. Destinés à préparer le débat, ils doivent aussi l'éclairer. Toute juridiction de jugement aura la possibilité de connaître ces actes et d'en faire état pour fonder sa décision. En ce sens, il est possible d'affirmer que des interférences se manifestent entre les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement. Si, en principe, ces deux ordres sont indépendants, c'est-à-dire souverains, leur but et leur objet les entraînent dans une certaine interdépendance, notamment en ce qui concerne les actes d'instruction.

Si ces actes possèdent une telle valeur, c'est parce qu'ils émanent d'un magistrat doté d'un statut particulier au sein de la hiérarchie judiciaire. Mais, outre cet élément, la qualité des actes dépend de la manière dont le juge procède au cours de l'information. Le juge d'instruction apparaît indépendant à l'égard des différentes parties. En d'autres termes, les droits accordés aux parties, en cours d'instance, ne peuvent attenter à l'impartialité du juge d'instruction.

(294) La Cour de cassation s'est montrée rigoureuse sur l'application du principe du libre débat. Il ne lui appartient pas en effet de déterminer si les autres éléments réunis suffisaient pour fonder la décision attaquée, car elle ne constitue pas une juridiction du fond. Elle examine la légalité de l'arrêt mais non l'opportunité (cf. Crim., 22-12-1933, B. 247).

CHAPITRE II

Les droits des parties au cours de l'instruction préparatoire.

598. — Le statut du juge d'instruction dans l'ensemble de la hiérarchie judiciaire témoigne d'une certaine indépendance. Mais l'aspect véritable du juge n'apparaît que dans la conduite de l'information. On a coutume, généralement, de distinguer deux sortes de procédés. Ou bien le juge procède lui-même à la réunion des preuves et la procédure sera dite inquisitoire, ou bien le juge arbitre les prétentions des parties qui devront fournir leurs éléments de preuve et la procédure est dite de type accusatoire. Le premier procédé serait utilisé en matière criminelle tandis que le second est de règle en matière civile.

L'histoire révèle, cependant, qu'il n'en a pas toujours été ainsi. A Rome, la procédure criminelle n'est devenue inquisitoire qu'au bas-empire (1). Dans l'ancien Droit français, la procédure était accusatoire au ^{xiii}^e siècle. En étendant son emprise judiciaire, le pouvoir royal introduisit une procédure inquisitoire, inspirée de celle en vigueur devant les tribunaux ecclésiastiques. L'aboutissement de cette tendance est marqué par l'ordonnance criminelle de 1670. Avec la Révolution fut consacrée une procédure accusatoire (loi des 16-29 septembre 1791). Cette expérience était la conséquence directe du mouvement d'idées favorable à une procédure de type anglo-saxon (2).

(1) Pour les questions historiques, voir F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome I et A. ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France ». De même, E. GARGON, Notes manuscrites du cours de doctorat 1902-1903.

(2) Parmi les philosophes du ^{xviii}^e siècle, s'étaient particulièrement illustrés Voltaire et Montesquieu.

Mais la situation politique française nuisit beaucoup à cette tentative. Impuissante à endiguer l'accroissement de la criminalité, elle favorisa le développement de procédures particulières et exceptionnelles. Avec l'an IX une modification est apportée à la répartition des pouvoirs. La loi du 7 pluviôse an IX réorganisa le ministère public, qui détint entre ses mains les deux pouvoirs de poursuivre et d'instruire. Le directeur du jury était, alors, un magistrat-instructeur du deuxième degré dont l'activité se bornait à contrôler les actes (3). L'élément accusateur avait une prépondérance certaine sur l'inculpé.

Le projet de Code d'instruction criminelle voulait consacrer une telle procédure : le ministère public aurait eu non seulement le droit de constater par procès-verbaux les crimes et délits, mais aussi la possibilité de recueillir les indices et preuves et de s'assurer de la personne des inculpés. Cambacérès fit remarquer au Conseil d'Etat qu'en réalité le procureur impérial allait cumuler deux fonctions. « A la vérité, cette réunion accélère la procédure, mais elle se présente sous un aspect défavorable parce qu'il est difficile que l'homme qui poursuit conserve son impartialité lorsqu'il s'agit d'instruire » (4). Finalement on décida qu'une séparation devait exister entre le droit de requérir et celui d'instruire. Ce faisant, la solution admise sous l'ancienne procédure réapparaissait. Le ministère public, seul, possédait le droit de poursuivre tandis que le juge menait l'information.

599. — Cependant, cette distinction admettait des tempéraments. D'une part, le ministère public n'était pas un organe hiérarchisé. Les magistrats qui le composaient étaient des juges qui disposaient d'une indépendance dans l'exercice de leurs fonctions (5). D'autre part, le monopole du ministère public n'était pas absolu puisqu'on avait coutume de dire « tout juge est procureur général » (6).

Dès lors un contrepoids est institué à la toute-puissance du ministère public, qui pourrait mettre en échec l'exercice de l'action publique. Le Code d'instruction criminelle s'efforça de parvenir à un équilibre. D'un côté, le droit de recherche et de poursuite appartient au procureur de la République (art. 22) qui saisit le juge d'instruction au moyen d'un réquisitoire introductif d'instance (art. 47 C.I.C.). D'un autre côté, le juge d'instruction ne peut se saisir lui-même. L'article 61 C.I.C. dispose, en effet, que le juge d'instruction ne pourra faire aucun acte d'instruction ou de poursuite tant qu'il n'a pas donné communication de la procédure au procureur de la République. Les deux fonctions sont séparées : le ministère public a la charge de la poursuite et le juge celle de l'instruction.

(3) J. PARIS, « Les rapports du juge d'instruction et du ministère public », Thèse, 1891, p. 32 et ss.

(4) Séance du 4 juin 1808. LOCRÉ, Tome XXV, p. 124 ; PARIS, thèse précitée, p. 88 ; LE POITTEVIN, « Code d'instruction criminelle », annoté sous article 32.

(5) Cela était dû, probablement, au système de la vénalité des charges.

(6) PARIS, thèse précitée, p. 32.

600. — Toutefois, le principe de séparation risquait d'avoir pour conséquence de nuire, dans certains cas, à la répression des agissements criminels. Une dérogation était, donc, admise dans l'hypothèse du flagrant délit. En ce cas, le procureur de la République ne se satisfaisait plus de diriger les poursuites, il effectuait lui-même de véritables actes d'instruction (art. 32 et ss. C.I.C.). Mais ce magistrat était compétent à raison de l'urgence des constatations, et le juge d'instruction ne se trouvait pas exclu pour autant. L'article 59 C.I.C. lui accordait les mêmes droits qu'au procureur : il pouvait se transporter sur les lieux mêmes où ont été commis les faits et procéder à tous les actes d'instruction. Puisque le procureur de la République exécutait les actes selon les mêmes formes que le juge d'instruction, on considérait que ces actes exceptionnels étaient des actes d'instruction. Mais le procureur de la République avait une compétence limitée : une fois les actes nécessaires exécutés, les documents devaient être transmis sans délai au juge d'instruction (art. 46 C.I.C.). Cette transmission était assortie d'une demande d'ouverture d'information, en sorte que le jeu normal de l'article 61 se trouvait rétabli.

Si le juge d'instruction s'était déplacé sur les lieux, normalement il aurait dû communiquer le dossier au ministère public en vue de l'appréciation de la suite à donner à l'affaire (7). On a toujours considéré que la saisine du juge d'instruction était définitive et la doctrine en déduisait la survivance de l'adage que « tout juge est procureur général » (8). A la vérité, il est permis de se demander si ce mode de saisine exceptionnel ne reflète pas autre chose.

601. — En effet, affirmer que le juge puisse se saisir lui-même équivaut à reconnaître un principe inquisitoire absolu. Une procédure est réellement inquisitoire dans la mesure où le juge se saisit lui-même et procède aux recherches spontanément. Dans cet ordre d'idées, le projet gouvernemental de 1808 aurait instauré une procédure totalement inquisitoire, puisque le ministère public cumulait les différentes fonctions. De même, en était-il pour le projet de C.I.C. de 1949, dû à l'initiative de Donnedieu de Vabres. L'information était confiée au procureur de la République, qui réunissait tous les pouvoirs sur sa personne. Certes, la clôture de l'instruction ainsi que les problèmes particulièrement délicats auraient relevé de la compétence du juge de l'instruction. Il n'empêche que les droits de l'inculpé n'auraient pas été suffisamment garantis, tandis que les intérêts de la partie publique y auraient trouvé un avantage.

Le Code de procédure pénale, comme le Code d'instruction criminelle, n'a pas voulu s'engager sur une telle voie. L'information est confiée à un magistrat impartial. Cependant, l'activité du juge d'ins-

(7) Historiquement, ce problème ne pouvait pas se poser, puisque l'article 32 C.I.C. envisage l'hypothèse d'un crime. Or l'instruction est toujours obligatoire en ce cas, et le ministère public ne pourrait pas agir différemment.

(8) Ainsi LE POITTEVIN, « Code d'instruction criminelle » annoté, sous article 59 ; DONNEDIEU de VABRES, nos 1377 à 1380.

truction n'est pas toujours régie par les mêmes règles. S'il est saisi par un réquisitoire introductif, il est tenu d'observer les articles 81 et ss. C.P.P. et il accomplit véritablement des actes d'instruction. En revanche, dans l'hypothèse d'une infraction flagrante, il effectue des actes dénommés, par la loi, « de police judiciaire » (art. 72 al. 2 C.P.P.). Ainsi, la seule qualité de l'auteur de l'acte ne permet plus de définir avec certitude le caractère de la mission remplie. D'ailleurs, une constatation identique peut être faite à propos des officiers de police judiciaire.

Au cours de l'enquête préliminaire, ils effectuent légalement des actes de police, mais il n'en va pas de même quand ils exécutent une délégation du juge d'instruction. Dans ce dernier cas, ils accomplissent véritablement des « actes d'instruction » (art. 151 C.P.P.). En définitive, l'acte d'instruction est essentiellement un acte de justice, qui intervient uniquement après la saisine de celle-ci (9). M. Stefani a pu, dès lors, écrire « A vrai dire, des garanties sérieuses et effectives de la liberté des droits de la défense n'apparaissent qu'une fois que le procès pénal est engagé, soit par un réquisitoire introductif, soit par une constitution de partie civile, soit par une citation directe » (10).

Dans ces conditions, la détermination des droits des parties dépend de l'ouverture de l'instance préparatoire. Aussi, avant d'entreprendre l'étude de la situation des parties au cours de l'instruction, il apparaît nécessaire d'examiner la saisine du juge d'instruction.

SECTION PRÉLIMINAIRE.

LA SAISINE DU JUGE D'INSTRUCTION : INQUISITION OU ACCUSATION ? (11)

602. — En disposant dans son article 61 (C.I.C.) que le juge d'instruction ne peut procéder à des actes d'instruction qu'après avoir été saisi par le ministère public, le Code d'instruction criminelle précisait que le juge ne pouvait appréhender de lui-même un agissement délicieux. Le réquisitoire introductif d'instance saisit le juge d'instruction. Mais pour que la saisine du magistrat soit régulière, il importe que ce document soit signé et contienne l'indication des faits pour lesquels l'information est requise.

Si la signature ne figure pas, le réquisitoire ne peut entraîner la saisine du juge. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un

(9) Cf. STEFANI, « L'acte d'instruction », n° 14 et 18.

(10) G. STEFANI, « L'acte d'instruction », n° 19.

(11) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1257 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 814-3 à 816 ; BIRAGUET, « La saisine du juge d'instruction », Thèse, Toulouse, 1934 ; BLOUET, « La saisine du juge d'instruction », Thèse, Caen, 1937 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 453 à 455.

arrêt du 4 décembre 1952 (12). Aucune mention ne permettait d'établir la qualité du rédacteur de l'acte et la chambre criminelle a estimé que le juge n'avait pu instruire valablement car il n'a pas la possibilité de se saisir lui-même. L'indication des faits devra aussi être précisée dans le réquisitoire afin que le juge connaisse l'objet de sa saisine. Il importe, à cet égard, de noter que la Cour de cassation a toujours considéré que la jonction de pièces au réquisitoire introductif équivalait à l'analyse de ces documents. Dès lors, le juge se trouve suffisamment éclairé sur l'objet et l'étendue de la poursuite (13).

Dans ces conditions, il est permis de prétendre que la saisine du juge est accusatoire et non pas inquisitoire. Le magistrat n'agit pas de son office, mais à la suite de la demande d'une partie : il apparaît plus juge qu'enquêteur. Cette évolution trouve un aboutissement plus parfait avec le Code de procédure pénale, mais déjà la pratique judiciaire du XIX^e siècle avait accentué le caractère accusatoire.

603. — Cette pratique s'était manifestée en deux domaines : dans l'admission de la partie lésée à saisir le juge d'instruction, et dans l'hypothèse de la découverte par le juge d'autres infractions non mentionnées dans le titre de sa saisine.

Relativement au droit de la victime de déclencher l'action publique, la jurisprudence a été hésitante au cours du XIX^e siècle. Certes, l'article 63 C.I.C. indiquait que la partie civile pouvait se constituer devant le juge d'instruction, mais l'effet de cet acte n'était pas précisé. Seul, l'article 70 C.I.C. prescrivait au juge de communiquer la plainte au procureur de la République « pour être par lui requis ce qu'il appartiendra ».

Si le ministère public conclut à l'examen de l'affaire, aucun problème ne se pose. Il en va différemment lorsqu'il estime préférable de ne pas ouvrir d'information. De nombreuses discussions eurent lieu pour savoir quelle attitude devait prendre le juge d'instruction.

On fit valoir tout d'abord les textes du C.I.C. L'article 1^{er} de ce Code attribue au ministère public le monopole de l'exercice de l'action publique. Si l'on permet à la victime de saisir le juge d'instruction, il en résulte une atteinte au monopole. De plus, le ministère public est un garant du non-engagement de poursuites téméraires. Les droits de la partie civile ne sont, d'ailleurs, pas atteints puisqu'elle conserve la faculté de saisir les juridictions civiles de son action et la procédure de la citation directe lui est offerte en cas de délit.

Cependant, l'opinion inverse réunissait de nombreux partisans. Les auteurs, en général, étaient favorables à cette seconde conception (14). Ils invoquaient, aussi, la tradition historique : les œuvres de Jousse,

(12) Crim., 4-12-1952, B. 290 ; J.C.P. 1953.II.7625, note Chambon.

(13) Cette jurisprudence a été encore affirmée par trois arrêts de 1957 : Crim., 26-2-1957, B. 195 ; Crim., 4-5-1957, B. 367 ; Crim., 29-5-1957, B. 459 (voir aussi Crim., 11-7-1895, B. 202 et Crim., 11-2-1927, B. 54).

(14) Voir la liste imposante des partisans des droits de la partie civile, citée dans la note de DEMOCUE, sous l'arrêt du 8-12-1906 ; S. 1907.I.380.

Muyart de Vouglans et même la procédure de la période révolutionnaire.

Au surplus, les travaux préparatoires, malgré leur pauvreté, pouvaient être utilisés à l'appui de cette opinion. A la séance du Conseil d'Etat du 11 juin 1808, Cambacérès affirmait : « Lorsqu'un offensé se plaint et se porte partie civile, il ne faut pas que le procureur impérial puisse le paralyser par un refus de poursuivre. La justice veut que, dans ce cas, on permette à la partie plaignante de recourir au juge instructeur » (15). Le 18 juin 1808, Berlier disait que « l'article devra être rédigé de manière qu'il ne reste pas douteux que la partie lésée peut aussi présenter la plainte au juge » (16).

C'est probablement Faustin Hélie qui a le plus contribué à l'admission du droit de la partie lésée. Il écrivait, en effet : « les parties civiles ne se bornent pas à dénoncer le fait; elles ne se bornent pas à se plaindre, elles demandent à être indemnisées de la lésion qu'elles ont soufferte; elles accusent, elles fournissent des preuves... elles n'agissent qu'à leurs risques et périls; elles sont responsables des frais et passibles des dommages-intérêts du prévenu » (17).

Contrairement à ce que prétendait Mangin, le juge n'agit pas de sa propre impulsion et n'usurpe pas l'action publique (18). Sa saisine émane de la partie lésée par une infraction à la loi pénale. Ainsi que l'exprimait Bovier-Lapierre : « Le juge ne fait point acte de poursuite quand il informe sur une plainte; ce n'est pas lui qui poursuit, mais la victime par sa plainte » (19).

604. — En dehors de ce raisonnement juridique, d'autres considérations devaient intervenir. Le droit de citation directe de la victime n'est pas total : il n'existe pas en matière criminelle, puisque la cour d'assises ne peut être saisie que par un arrêt de mise en accusation. De plus, ce droit peut être exercé seulement lorsque l'auteur de l'acte est connu. Il est impossible de saisir une juridiction de jugement d'une poursuite contre inconnu. Dans ces conditions la victime serait tout naturellement portée à mener une enquête personnelle en vue de démasquer l'auteur de l'infraction. Ne convient-il pas mieux de confier à un organe judiciaire et indépendant la recherche des preuves ?

A ces arguments d'ordre pratique, s'en ajoutent d'autres, juridiques. Faustin Hélie a bien montré que l'indépendance du ministère public ne peut consister à suspendre le cours de la justice en refusant de poursuivre. Ses prérogatives demeurent intactes puisqu'il peut requérir tous les actes qui lui apparaîtront nécessaires et utiliser le droit d'appel pour mettre la chambre d'accusation en mesure de trancher le point litigieux.

(15) LOCRÉ, Tome XXV, p. 147.

(16) LOCRÉ, Tome XXV, p. 158.

(17) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome I, n° 516 et ss.

(18) MANGIN, « Traité de l'instruction écrite », pp. 14 et 15.

(19) Débats de la chambre des députés, année 1887, annexe 1453, p. 103 et ss. (il s'agit du débat relatif au projet de réforme du C.I.C.).

D'un point de vue législatif, enfin, il n'est pas bon que le ministère public détienne le monopole de l'action publique. Le parquet a pris l'habitude de classer sans suite un nombre considérable de plaintes en raison du peu d'importance des intérêts en cause. De plus, en matière d'infractions politiques ou lorsque des personnes proches du Pouvoir sont mises en cause, le ministère public, en raison de son organisation hiérarchique et du caractère révocable des fonctions, ne possède pas l'indépendance nécessaire pour mettre en œuvre l'action répressive. Au surplus, le déclenchement de l'information est moins grave qu'une procédure de citation directe, puisque l'instruction est secrète.

605. — Au cours du XIX^e siècle, peu de jurisprudence a été rendue sur cette question, car la procédure du classement sans suite était rarement utilisée, et souvent le ministère public décidait l'ouverture de l'instruction quand la plainte était assortie d'une constitution de partie civile. Parfois, il sollicitait cette constitution avant de déclencher les poursuites (20).

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a été amenée à statuer le 8 décembre 1906 (21). Le conseiller-rapporteur Laurent-Atthalin, après avoir présenté l'histoire des droits de la partie lésée et systématisé les différentes options en présence, souhaite que la solution de la Cour de cassation soit telle qu'« il ne pourra jamais advenir qu'un citoyen fasse à la justice, à des juges un appel qui ne soit pas entendu ». La chambre criminelle suivit le conseiller dans cette voie libérale déjà tracée par Faustin Hélie. « Il faut appliquer au cas prévu dans l'article 63, la règle absolue suivant laquelle la juridiction d'instruction a, comme toute autre, le droit et le devoir de s'exercer dans une pleine indépendance des réquisitions de la partie publique; le juge a le devoir d'informer sur la plainte dans telle mesure qu'il appartient : cette obligation ne cesse que si le juge d'instruction décide en l'état soit que d'ores et déjà la prévention est suffisamment établie, ou soit que, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou que à les supposer démontrés ils ne sauraient admettre aucune qualification pénale. »

Ainsi le droit de saisir la juridiction d'instruction n'est pas un monopole du ministère public, puisque l'autre partie au procès pénal peut saisir l'autorité de justice. Cette prise de position de la Cour de cassation est demeurée constante, ainsi qu'en témoigne un arrêt rendu le 23 décembre 1955 (22). Cette solution jurisprudentielle donna lieu

(20) Le problème s'était posé à propos de l'exécution des décrets du 29 mars 1880, relatifs à la dissolution de la Compagnie de Jésus et à l'autorisation des congrégations religieuses. Toutefois, la question concernait plus précisément s'il fallait appliquer la procédure particulière des articles 483 et 484 C.I.C. aux préfets agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

(21) Crim., 8-12-1906, B. 443 ; S. 1907.I.377 ; D.P. 1907.I.207.

(22) Crim., 23-12-1955, B. 605. La jurisprudence est constante depuis l'arrêt du 8-12-1906 : Crim., 17-1-1919, B. 15 ; D.P. 1920.I.39 ; Crim., 8-1-1923 ; D.P. 1926.

à des abus qui motivèrent une intervention législative. La loi du 2 juillet 1931 modifia l'article 70 C.I.C., afin que le procureur de la République puisse, dans cette hypothèse, requérir provisoirement l'ouverture de l'information contre inconnu lorsque la plainte paraît insuffisamment motivée ou justifiée (23).

606. — Le caractère accusatoire de la saisine du juge d'instruction est également manifesté par le fait que le magistrat doit borner son information au seul agissement qui lui est déféré. C'est ce que l'on exprime habituellement en disant que le *juge d'instruction est saisi « in rem »*. Le juge ne pourrait, dès lors, instruire sur des infractions connexes résultant de faits distincts. En revanche, il n'est pas tenu par la qualification retenue par le ministère public ou par la partie civile (24). La doctrine est fixée en ce sens depuis longtemps (25) : le juge est saisi d'un fait et il peut inculper toute personne ayant participé à ce fait, à quelque titre que ce soit.

Il peut arriver, cependant, que le juge apprenne au cours de ses investigations que la même personne se soit rendue coupable d'autres agissements. En ce cas le juge ne peut informer sur ces faits portés à sa connaissance de manière fortuite. Pour autant le juge doit-il demeurer passif ? La Cour de Rennes eut à connaître d'une semblable affaire le 3 novembre 1887 (26). Il a été décidé que le juge d'instruction avait compétence pour constater à la charge des prévenus tous les faits délictueux advenus à sa connaissance au cours de l'information régulièrement ouverte contre eux. Mais son activité doit se limiter à cette constatation, le juge ne pourrait procéder à une information sur les infractions nouvellement révélées, à moins d'être saisi d'un réquisitoire supplétif. Toutefois M. Duverger estimait que le juge devait examiner la moralité de l'individu et faire des recherches sur sa conduite antérieure (27). Mais il s'agit là d'une opinion isolée.

La cour d'appel de Paris devait, à deux reprises, admettre une solution analogue à celle de la Cour de Rennes. Le juge d'instruction

I.121 ; Crim., 28-6-1924, B. 267 ; Crim., 28-5-1925 ; D.P. 1926.I.121 ; Crim., 9-1-1930 ; D.H. 1930.84 ; Crim., 1-8-1930, B. 224 ; Crim., 21-4-1932, B. 109 ; Crim., 5-6-1937, B. 120 ; Crim., 8-10-1941 ; D.H. 1942.4 ; Crim., 25-3-1947, B. 95.

(23) Le risque d'abus des constitutions de partie civile n'a pu être conjuré ni par la mise des frais à la charge de la partie civile, ni par la garantie du secret de l'instruction.

(24) Ainsi Riom, 13-9-1886 ; Journal des Parquets 1886.2.193. De même Crim., 12-2-1925, B. 48 ; Crim., 6-3-1957, B. 225.

(25) Notamment, F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1621 ; DUVERGER, « Manuel des juges d'instruction », 1396 ; DONNEDIEU DE VABRES, n° 1280 ; DELESTRÉE, p. 51 et ss.

(26) Rennes, 3-11-1887 ; D.P. 1888.II.233. Voir aussi la note P. Cauwes sous Douai 6-6-1874 ; S. 1875.2.I.

(27) DUVERGER (Tome I, n° 122) cité en note sous l'arrêt de la cour d'appel de Rennes. Une opinion semblable n'est peut-être pas totalement étrangère à une certaine défiance concernant le dossier de personnalité, que traduit l'article D. 16 interdisant au juge d'utiliser ce dossier pour la recherche des preuves de la culpabilité.

qui n'a pas reçu de réquisitions pour instruire sur un fait, agit en dehors des limites de sa compétence : il ne peut que recueillir les déclarations faites à ce sujet et communiquer la procédure au procureur de la République pour qu'il requiert ce qu'il appartiendra (28).

607. — Cette position devait être adoptée par la chambre criminelle le 11 décembre 1908 (29). « Il est de l'office du juge d'instruction avisé en cours de procédure par la déclaration d'un témoin, de l'existence d'un crime ou d'un délit, de faire préciser cette déclaration, et, le cas échéant, d'en vérifier sommairement l'exactitude avant de communiquer les pièces au procureur de la République; ce mode de procéder n'est pas contraire à l'article 61 C.I.C. »

Le juge d'instruction a la possibilité de réunir les premiers éléments de l'enquête afin de mettre le ministère public en mesure de prendre sa décision (30). Si le juge d'instruction ne peut ni qualifier les faits nouvellement découverts, ni les déférer d'office à la juridiction répressive, il peut cependant se livrer à toutes investigations et recueillir toutes précisions utiles. « Investi de la plénitude des pouvoirs judiciaires, le juge d'instruction a le droit et le devoir, en vertu d'attributions qui lui sont propres, de recevoir et de consigner toutes révélations relatives à l'existence de crimes ou délits même non visés dans le réquisitoire introductif aux fins duquel une information était en cours, et de procéder aux vérifications que peuvent exiger ces constatations pour mettre le procureur de la République en mesure d'apprécier l'opportunité de poursuites nouvelles. De tels actes se distinguent nécessairement des actes d'instruction ou de poursuite dont l'article 61 C.I.C. subordonne la régularité à l'intervention préalable du ministère public. »

Le juge d'instruction ne peut donc, d'office, étendre le champ de ses investigations, sans empiéter sur les attributions du ministère public. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que la saisine du juge n'est pas inquisitoire mais accusatoire. Il est saisi véritablement d'une instance. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une juridiction de jugement ne peut connaître d'une affaire tant que le juge d'instruction demeure saisi. La poursuite confiée à ses soins ne peut être retirée par celui qui a déclenché la mise en œuvre de l'action publique (31). L'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 24 avril 1961 rappelle cette interdiction : « la partie qui a saisi le juge d'instruction ne peut abandonner la voie de l'instruction prépa-

(28) Paris, 16-3-1897 et 7-7-1903, rapportés au D.P. 1904.II.275.

(29) Crim., 11-12-1908, B. 495 ; Journal des Parquets, 1909.2.19 ; S. 1909.I.228.

(30) Crim., 11-2-1910, B. 60 et Crim., 28-5-1957, B. 447.

(31) Le ministère public ne peut pas dessaisir le juge d'instruction pour utiliser la procédure de la citation directe (Crim., 7-6-1821, B. 88 ; Crim., 5-1-1878, B. 7 ; Crim., 19-4-1929, B. 131). Il en est de même pour la partie civile (Crim., 5-3-1933, B. 98 ; Crim., 6-3-1957, B. 230 ; D. 1958.25 ; J.C.P. 1957.II.9993 ; S. 1957.327).

ratoire pour traduire directement le prévenu devant la juridiction correctionnelle... » (32).

608. — Le Code de procédure pénale ne se contente pas de consacrer ces différentes solutions, il accentue le caractère accusatoire de la saisine du juge d'instruction.

Si l'article 80 al. 1^{er} C.P.P. dispose que « le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République », le ministère public ne dispose pas d'un monopole. La partie lésée a la possibilité de déposer sa plainte devant le juge d'instruction et, en se constituant partie civile, de déclencher l'instruction (art. 85 C.P.P.). L'article 86 C.P.P. précise les effets de cette constitution initiale. Le juge sera tenu de communiquer la plainte au procureur de la République qui fournira ses réquisitions.

Ces réquisitions, comme les conclusions de toute partie, ne lient pas le juge qui peut estimer devoir informer. Pour ce faire, il rendra sa décision par une ordonnance motivée. Si la plainte décernée contre personne dénommée paraît insuffisante dans ses motifs ou dans ses justifications, le ministère public peut solliciter l'ouverture de l'information contre toutes personnes que l'instruction fera connaître (art. 86 al. 4 C.P.P.).

Le juge d'instruction pourrait d'office refuser la constitution de la partie civile lorsqu'elle lui paraît irrecevable. Le juge est tenu, en ce cas, de rendre une ordonnance motivée, susceptible d'appel par la partie lésée (33).

609. — La saisine du magistrat instructeur, d'autre part, s'effectue toujours « *in rem* ». L'article 80, al. 3 C.P.P. autorise expressément le juge d'instruction à inculper toute personne ayant pris part comme auteur ou complice aux faits qui lui sont déférés. L'alinéa 4 du même article 80 C.P.P. consacre la solution jurisprudentielle dans l'hypothèse où le juge découvre de nouveaux faits : « Lorsque des faits non visés au réquisitoire sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent » (34).

Les actes ainsi dressés par le juge d'instruction ne sont pas des actes d'instruction : il s'agit seulement de procès-verbaux de constatations. Les arrêts de la chambre criminelle rendus relativement à ces pouvoirs du juge indiquaient que ces actes se distinguaient des actes d'instruction proprement dits dont la régularité est subordonnée à la saisine du juge d'instruction. Cependant, quelle valeur auront ces actes du point de vue de l'interruption de la prescription ?

(32) Cass. réunies 24-4-1961, B. 222 ; J.C.P. 1961.II.12131 ; D. 1961.733.

(33) Voir *supra* le refus d'informer, n° 178 et ss.

(34) Voir ainsi Crim., 18-1-1962 ; Bull. Crim., 1962, n° 51, qui décide que le juge d'instruction ne peut modifier l'étendue de sa saisine.

Un arrêt, déjà ancien, du 26 juin 1840 (35), considère que ces procès-verbaux ont valablement interrompu la prescription. « Si un procès-verbal constatant un délit est un acte d'instruction suffisant pour interrompre la prescription et entretenir l'action publique résultant de ce délit, il doit en être de même de l'information régulière faite par un juge d'instruction. Il importe peu que cette information ait été requise à l'occasion d'un délit autre que celui ou ceux également constatés par l'information; ... Il suffit que, dans le cours d'une procédure, un autre délit soit découvert et constaté pour qu'à l'égard même de cet autre délit, la prescription soit interrompue. »

Une telle solution est à nouveau consacrée par un arrêt de la chambre criminelle du 4 décembre 1952 (36). La prescription de l'action publique peut être interrompue par des actes ayant pour objet de rechercher une infraction quand bien même, ils seraient diligentés au cours d'une procédure se rapportant à une autre infraction.

Ces actes dressés par le juge d'instruction, bien qu'ils ne soient pas des actes d'instruction, possèdent ainsi l'effet interruptif de la prescription. En réalité, ces éléments sont parvenus à la connaissance du juge sans que celui-ci exerce une quelconque mission de son office. Il n'a rien à apprécier, car il joue le rôle d'une « boîte à lettres » (37). Le juge, en ce cas, effectue seulement un acte de police judiciaire (38).

610. — Outre la mise en harmonie des solutions jurisprudentielles antérieures, le Code de procédure pénale renforce le caractère accusatoire de la saisine du juge d'instruction. Cet aspect nouveau se manifeste en matière de flagrant délit.

Suivant la tradition héritée de l'ancien régime (39), le Code d'instruction criminelle permettait au juge d'instruction d'effectuer des actes sans qu'il ait été requis par le procureur de la République. L'article 59 C.I.C. indiquait que « le juge peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur ». Ces opérations pouvaient être accomplies même en l'absence du procureur de la République. Mais aucune précision n'était apportée concernant la suite à donner à la procédure. De la combinaison des articles 59 et 61 C.I.C., on déduisait que le juge d'instruction demeurait saisi de la procédure. Les réquisitions du ministère public ne sont donc pas nécessaires pour que le juge poursuive l'information.

(35) *Crim.*, 26-6-1840 ; S. 1840.I.731.

(36) *Crim.*, 4-12-1952, B. 294. Voir, dans le même sens, *Civ.* 1, 17-12-1963 ; J.C.P. 1964.IV, p. 13.

(37) Expression par laquelle le conseiller LAURENT-ATHALIN caractérisait l'activité du juge d'instruction, s'il devait attendre les réquisitions du ministère public pour être saisi.

(38) Les actes de police judiciaire ont un effet interruptif de la prescription et souvent ils sont accomplis spontanément, sans aucune plainte (art. 14 al. 1 C.P.P. et art. 75 C.P.P.). *Contra* M. STEFANI, in « L'acte d'instruction », n° 20.

(39) Cf. A. ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France ». Le flagrant délit a été un moyen de l'extension de la justice royale.

Toutefois, peu de temps après le Code d'instruction criminelle, de Molènes a soutenu que le procureur de la République demeurerait libre de poursuivre, même en cette hypothèse (40). Le juge d'instruction serait tenu de communiquer les actes et d'attendre les réquisitions de la partie publique. En continuant son information, il irait à l'encontre des pouvoirs du ministère public : ce dernier serait tenu de poursuivre et son indépendance à l'égard des magistrats du siège ne serait plus assurée (41). Cette opinion est demeurée isolée. Duverger la combattait déjà (42) et les auteurs ont vu dans cette particularité la survivance de l'adage que « tout juge est procureur général ».

L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 ne devait pas modifier cet état de fait. L'article 7 de cette loi écarte le formalisme de l'interrogatoire lorsque le juge d'instruction se transporte sur les lieux en cas de flagrant délit. Cela confirme la saisine directe du juge d'instruction dans cette hypothèse (43).

611. — Le Code de procédure pénale a modifié ce principe traditionnel. L'article 80 al. 1 C.P.P. dispose en effet : « Le juge ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République même s'il a procédé en cas de crime ou de délit flagrant » (44). Ainsi l'infraction flagrante n'entraîne plus la saisine d'office du juge d'instruction.

En cas de flagrant délit, le juge a toutefois la possibilité de se rendre sur les lieux : sa présence dessaisit de plein droit toute autre personne (officier de police judiciaire ou procureur de la République) (art. 72 al. 1 C.P.P.). Les actes qu'il accomplit, alors, sont des actes de police judiciaire (art. 72, al. 2). Ainsi que le souligne l'article C. 130 de la circulaire générale, reprenant d'ailleurs les termes du rapport de M. Besson, la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite est mieux réalisée que par le passé. Le juge d'instruction, tant qu'il n'est pas saisi, a les mêmes prérogatives qu'un officier de police judiciaire. Quand il aura terminé ses opérations de constatation, le juge transmettra les pièces de l'enquête au procureur de la République (art. 72, al. 4 C.P.P.). Le juge ne peut donc continuer la procédure jusqu'à une ordonnance juridictionnelle. Il lui faut pour cela obtenir les réquisitions du procureur de la République. Si ce magistrat est présent sur les lieux, le réquisitoire pourra être décerné

(40) de MOLÈNES, « Traité pratique des fonctions du procureur du roi », Tome I, p. 307 et ss.

(41) La Cour de cassation a toujours considéré que le ministère public ne pouvait recevoir d'injonction de personne. Chaque fois qu'une juridiction blâme sa conduite, la décision encourt la censure de la Cour de cassation.

(42) DUVERGER, « Manuel des juges d'instruction », Tome I, n° 111.

(43) Voir, à cet égard, Crim., 12-3-1898 ; S. 1899.I.297 qui déclare inapplicable la loi de 1897 à toute procédure de flagrant délit.

(44) Voir GRANIER, « Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance », J.C.P. 1959.I.1521.

immédiatement. Le juge d'instruction pourra alors mener toutes investigations, car sa saisine existe.

Cette disposition de l'article 72 C.P.P. accentue le caractère accusatoire de la saisine du juge d'instruction, mais elle présente, toutefois, une certaine incohérence. En effet, le juge d'instruction dessaisit toute autre personne. En ce cas, la police judiciaire est placée directement sous ses ordres. Mais à l'expiration de ces pouvoirs, le droit commun reprend son empire et les actes effectués seront soumis au contrôle du procureur de la République, qui décidera souverainement de la suite à accorder à l'affaire. Il est étonnant que ce magistrat dispose d'un droit de censure alors qu'il n'a pu orienter l'enquête. Comme l'indique M. Granier, il s'agit là plus d'un problème théorique que d'une difficulté pratique, car souvent, lorsque les deux magistrats sont sur les lieux, une information régulière est ouverte (45).

Ainsi, le Code de procédure pénale achève l'évolution commencée sous l'empire du Code d'instruction criminelle, évolution qui tend à supprimer tout mode inquisitoire de saisine du juge d'instruction.

612. — Mais le procès pénal ne comporte pas seulement une partie publique et une partie civile; il concerne aussi la personne susceptible d'encourir une sanction pénale. Elle est aussi une partie à l'instance. Cependant, disposerait-elle du droit de saisir le juge ?

Aucune disposition de loi n'est relative à ce problème. Mais il apparaît qu'une telle action ne pourrait être retenue. En effet, selon un principe général de procédure, il est nécessaire pour agir de posséder un intérêt. Or, on ne peut posséder un intérêt à être inculpé, puisque l'on risque d'encourir une peine pour l'agissement effectué en violation des lois. Toutefois un intérêt peut surgir lorsque des soupçons ou des rumeurs laissent entendre que telle personne est l'auteur de telle infraction. Des enquêtes de police, ou des renseignements de journalistes peuvent accréditer, dans l'opinion publique, des doutes concernant le comportement de tel individu. Ce dernier peut-il saisir le juge, notamment en vue du prononcé d'un non-lieu ?

Indépendamment du fait qu'aucun texte ne réglemente expressément un tel droit, il convient de rejeter une telle initiative. Permettre à tout particulier de saisir un juge en vue de faire reconnaître son innocence, ne fait pas partie de l'office du juge d'instruction. Le rôle et la mission de ce magistrat sont d'établir les preuves de l'existence d'une infraction passible de sanctions pénales et non de réhabiliter les citoyens que leur conduite présente sous un jour défavorable. Les juges seraient alors saisis d'actions déclaratives en vue du prononcé d'une ordonnance de non-lieu. Mais l'institution du juge d'instruction n'est pas destinée à éclairer les particuliers : elle est au service de la société, en vue de sa défense et de sa protection.

(45) GRANIER, J.C.P. 1959.I.1521, *in fine*.

M. Vouin avait, toutefois, suggéré l'admission d'un tel droit, à propos du projet de C.I.C. de 1949, projet Donnedieu de Vabres (46). Les textes du projet permettaient au procureur de la République de mener des enquêtes préliminaires et chargeaient ce même magistrat de l'instruction officielle. Laisser le ministère public juge de l'opportunité de procéder à une information officielle aurait pu aboutir à priver les inculpés des garanties reconnues depuis la loi du 8 décembre 1897.

Dans ces conditions, M. Vouin proposait deux moyens pour que les droits de la défense ne soient pas atteints : ou bien il fallait expressément reconnaître que tout interrogatoire effectué par le procureur de la République constituait un acte d'instruction (c'est-à-dire intervenant après l'ouverture régulière de la procédure), ou bien il fallait autoriser la personne soupçonnée à solliciter elle-même l'ouverture de l'information.

M. Vouin optait pour cette seconde solution, car la première aurait eu l'inconvénient de faire ouvrir obligatoirement l'instruction pour des affaires d'importance mineure. Les droits reconnus à la défense n'auraient pu être entamés puisque le procureur aurait dû avertir la personne avant de l'interroger.

613. — Si le Code de procédure pénale ne consacre pas un tel droit de saisine de la part de l'inculpé, en revanche, il s'efforce de concilier les droits de la défense avec l'intérêt de la réaction sociale : dans certains cas, le juge sera tenu d'inculper une personne.

L'article 104 C.P.P. prévoit, en effet, que « toute personne visée par une plainte peut refuser d'être entendue comme témoin ».

Ce texte, dans une rédaction aussi générale, n'aurait pas manqué de perturber sérieusement le cours de la justice : le juge d'instruction aurait été obligé de procéder selon les formes des interrogatoires même si, par la suite, la plainte se révélait insuffisamment fondée. L'ordonnance du 23 décembre 1958 précisa que la personne devait être nommément visée, et l'ordonnance du 4 juin 1960 disposa que ce texte n'était applicable qu'à la plainte assortie d'une constitution de partie civile (47).

Il est possible à une personne soupçonnée de se faire inculper, mais uniquement afin de profiter des garanties attachées à l'interrogatoire. Tant que le juge ne désire pas procéder à l'audition de cette personne, il est impossible de prétendre être inculqué. Telle est la solution qui résulte d'un arrêt de la chambre criminelle du 6 juillet 1960 (48). A la suite d'une constitution de partie civile devant le juge d'instruction, le ministère public avait sollicité un refus d'informer motif pris de l'amnistie de l'infraction. Le juge passa outre à

(46) VOUIN, D. 1950, chronique p. 39. Voir aussi PIRION, « L'emploi de l'article 70 C.I.C. », Rec. Droit Pénal, 1956, p. 366.

(47) Pour l'application de l'article 104, voir Agen, 30-11-1961 ; G.P. 1962.I. Tables, V° Instruction n° 1. De même, Dijon, 6-2-1964 ; G.P. 1964.I.456.

(48) Crim., 6-7-1960, B. 359 ; J.C.P. 1960.II.11758, note Chambon. Voir aussi MARQUISSET, « Les droits des tiers à l'instruction », Rec. Droit. Pénal, 1955, p. 90.

cette suggestion et décida d'informer. La personne visée dans la plainte voulut faire appel de cette ordonnance du juge. La Cour de cassation estima que cette personne, en l'absence de « réquisitions nominatives » du procureur de la République, ne pouvait user des droits que la loi réserve à l'inculpé, tant que le juge n'a pas manifesté son intention de la traiter comme tel. Or il n'avait pu en être ainsi puisque le juge avait statué sur sa compétence avant de procéder à un quelconque acte de son office (49).

L'article 104 C.P.P. apporte encore une manifestation du caractère accusatoire de la saisine du juge d'instruction.

Dès lors que l'instruction menée devant le juge possède un caractère d'instance, la question se pose de savoir quels vont être les droits des différentes parties en cause. En même temps, nous montrerons l'indépendance du juge à l'égard de ces parties (50). Nous envisagerons successivement les droits des différentes parties : ministère public, partie civile et inculpé.

SECTION I

LA SITUATION DU MINISTERE PUBLIC

614. — La séparation des fonctions d'instruction et de poursuite n'existait pas de manière absolue sous l'empire de l'ordonnance de 1670. Le juge (lieutenant-criminel) pouvait se saisir lui-même des procédures en cas d'inaction du ministère public. La procédure de la période révolutionnaire (loi du 16-29 septembre 1791) supprima la fonction du ministère public. Désormais la partie lésée devait fournir ses preuves, et la dénonciation était un devoir civique. L'expérience ne s'étant pas révélée concluante, un ministère public fort, hiérarchisé et soumis au pouvoir central fut organisé à nouveau.

En dehors de son rôle dans la mise en œuvre de l'exercice de l'action publique, le procureur de la République possède des droits au cours de l'instance menée devant le juge d'instruction. Certaines de ces attributions aboutissaient, en fait, à limiter l'indépendance du juge d'instruction, en le soumettant au contrôle du ministère public. D'autres, en revanche, découlaient de sa qualité de partie à l'instance.

(49) Mentionnons que l'article 105 C.P.P. fait un devoir au juge d'inculper toute personne contre laquelle existent des indices graves et concordants de culpabilité. Mais cette personne ne peut contraindre le juge à l'inculper. Voir sur le pouvoir souverain d'inculper : Crim., 27-12-1963 ; J.C.P. 1964.II.13543 et la note Chambon.

(50) Rappelons que l'indépendance du juge pour mener son enquête ne peut aboutir à un arbitraire, puisque la juridiction d'instruction du deuxième degré est amenée à contrôler le juge d'instruction.

Le Code de procédure pénale a tendu à supprimer les premières pour ne conserver que les secondes, en sorte que l'indépendance du juge se trouve mieux assurée, désormais. Ces deux séries d'attributions feront l'objet des paragraphes de cette section.

§ 1. — La libération du juge d'instruction des sujétions de la partie publique.

615. — Dans le terme « police judiciaire », le C.I.C. comprenait tout ce qui a trait à la préparation des procédures destinées aux juridictions de jugement (51). Aussi n'était-il pas étonnant de voir figurer parmi les officiers chargés de la police judiciaire le procureur de la République et le juge d'instruction. Cette qualité d'officier de police judiciaire entraînait la soumission du juge au ministère public.

Outre cette situation qui découlait des textes mêmes du C.I.C., la pratique avait admis que le choix du juge dépendait du procureur de la République lorsque plusieurs magistrats étaient affectés à ce service. En ces deux domaines, le C.P.P. a libéré le juge d'instruction de la tutelle du ministère public.

A. — LE JUGE D'INSTRUCTION N'EST PLUS OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE.

616. — L'article 9 du C.I.C. plaçait le juge d'instruction parmi les officiers de police judiciaire, et l'article 57 rappelait que les juges d'instruction sont « quant aux fonctions de police judiciaire, sous la surveillance du procureur général » (52).

Le juge d'instruction devait être docile. S'il ne déférait pas aux réquisitions présentées par le procureur de la République, celui-ci pouvait demander à son supérieur hiérarchique la prise d'une sanction. Outre ce pouvoir disciplinaire, le procureur général était chargé de la notation des juges d'instruction. L'avancement de ces magistrats dépendait donc de leur compréhension à l'égard du ministère public.

Le procureur général pouvait, aussi, exercer une influence lors de la nomination des magistrats instructeurs. Il pouvait obtenir la désignation de nouveaux juges, et à l'expiration de la période de trois

(51) Le Livre I^{er} du C.I.C. était intitulé « De la police judiciaire » et le Livre II « De la justice ».

(52) Sur le sens de cette formule, voir les opinions divergentes présentées dans la Jur. gén. Dalloz, V^o Instruction criminelle, n^o 406. Le procureur général possédait, en effet, un pouvoir disciplinaire sur toute la police judiciaire. Ce pouvoir disciplinaire se traduisait par un avertissement, la première fois, avertissement qui était consigné sur un registre spécial tenu à cet effet (article 280 C.I.C.). En cas de réitération des manquements, le procureur dénonçait les faits à la Cour d'appel qui prononçait une injonction d'être plus exacts à l'avenir (art. 281 C.I.C.).

ans, la tacite reconduction de l'article 55 pouvait être mise en échec par son intervention.

Les attributions du ministère public étaient d'autant plus grandes que le terme de police judiciaire était imprécis. La situation primitive du C.I.C. s'était compliquée avec l'introduction de la loi du 17 juillet 1856. Les pouvoirs juridictionnels étaient exclus de la mission de police judiciaire, mais il était difficile de distinguer les uns et l'autre.

Un arrêt de la chambre d'accusation de Paris du 13 mars 1953 (53) tentait de faire le départ. « Considérant que le juge d'instruction a deux qualités : il est officier de police judiciaire pour la constatation des crimes et des délits et juridiction d'instruction du premier degré... dans l'exercice de ses fonctions d'officier de police judiciaire, le juge d'instruction est soumis à la surveillance et à la censure du procureur général et de la cour d'appel (art. 9, 57, 279 et ss. C.I.C.), et dans la seconde de ses qualités, le magistrat instructeur est appelé à prendre des décisions qui ont un caractère contentieux ». Ainsi toute la mission de recherches, d'auditions de témoins, de perquisitions... relèverait du contrôle et de la surveillance du procureur général, tandis que les actes juridictionnels en seraient exclus (54).

617. — Si, en fait, le ministère public utilisait rarement ces pouvoirs, le problème n'en inquiétait pas moins les juristes. Au cours des journées de science pénale et pénitentiaire tenues à Strasbourg en 1954, la question de l'indépendance des juridictions d'instruction a fait l'objet d'échanges de vue très substantiels. Il a été, notamment, insisté sur l'avantage qu'il y aurait à supprimer la qualité d'officier de police judiciaire du juge d'instruction (55). La préparation d'une refonte de la procédure pénale devait permettre la réalisation de ce vœu. La commission d'études pénales législatives supprima cette qualité qui tenait le juge dans la dépendance du procureur de la République (56). Cette suppression est attestée dans le C.P.P.

L'article 16 C.P.P. énumère les différents officiers de police judiciaire parmi lesquels ne figure plus le juge d'instruction. Les différents pouvoirs de surveillance qui étaient reconnus au procureur général sont transférés au président de la chambre d'accusation. Celui-ci, magistrat du siège et de grade plus élevé, saura préserver l'indépendance du juge d'instruction (57).

(53) Paris, 13-3-1953, rapporté avec Crim., 25-3-1954 ; D. 1954.345, note P.A. ; J.C.P. 1954.II.8133, note Chambon.

(54) Il est à noter que l'arrêt de la chambre criminelle n'a pas condamné une telle conception. Se plaçant sur la base de l'article 135 C.I.C., la Cour de cassation a reconnu que ce texte était d'application générale et ne faisait aucune distinction entre les actes du juge d'instruction.

(55) Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Tome II, journées de science pénale et pénitentiaire ; notamment, BROUCHOT, p. 54.

(56) Cf. rapport de M. BESSON, n° 16 à 20.

(57) Comme nous l'avons montré, le pouvoir de surveillance du président de la chambre d'accusation est d'ordre purement administratif, en vue d'une bonne administration de la justice répressive (cf. BROUCHOT, Rev. Sc. crim., 1959, p. 332). Voir *supra* n° 533 et ss.

En retirant cette qualité d'officier de police judiciaire et en supprimant la saisine d'office en cas de flagrant délit le C.P.P. a été obligé de conférer au juge certaines attributions de police judiciaire, dans cette hypothèse (art. 72 al. 2). Pour éviter toute équivoque, le Code dispose qu'en cette circonstance le juge effectue tous actes de police judiciaire. Il en a les attributions sans en supporter les sujétions (58).

Ainsi, une certaine indépendance du juge d'instruction est réalisée. Cependant elle sera encore plus réelle si le soin de choisir le magistrat instructeur n'appartient pas au ministère public. Ce point précis, qui avait attiré l'attention des juristes à Strasbourg en 1954, a reçu une solution nouvelle avec le C.P.P.

B. — LE JUGE D'INSTRUCTION N'EST PLUS CHOISI PAR LE MINISTÈRE PUBLIC.

618. — Selon le Code d'instruction criminelle, un magistrat par arrondissement devait être affecté à l'instruction (art. 55). Si les besoins du service l'exigeaient, plusieurs juges pouvaient être établis. Mais il n'était pas précisé de quelle manière les dossiers seraient répartis entre les différents juges.

Un décret du 30 mars 1808 réglementait la tenue des affaires et prévoyait que le soin de distribuer les dossiers appartenait au président du tribunal. En fait, ce texte concernait uniquement la tenue des audiences. De plus il est antérieur à la promulgation du C.I.C. en sorte qu'il ne pouvait régir une matière sur laquelle il a été légiféré ultérieurement.

Cependant un rapport de 1839 adressé par un juge du tribunal de la Seine atteste l'observation de ce texte (59). Le président répartissait lui-même les dossiers entre les différents juges d'instruction en tenant compte de la difficulté des affaires et de la compétence de chacun d'eux. Mais l'accroissement du nombre des tâches incombant au président amena ce magistrat à se détacher de cette mission qui fut dévolue au ministère public.

Le procureur de la République tendra, alors, à choisir le magistrat le plus apte à satisfaire ses désirs, et celui qui n'a pas l'habitude de déférer aux suggestions de la partie publique se trouvera écarté de la distribution des affaires importantes.

619. — La Cour de cassation devait approuver ce mode de procéder. Saisie de cette question le 22 avril 1875 (60), à la demande

(58) Sur ce point, le C.P.P. a utilisé une technique identique au C.I.C. pour les attributions du préfet. L'article 10 C.I.C. conférait des pouvoirs de police judiciaire sans que le préfet soit officier de police judiciaire.

(59) Cf. MORIZOT-THIBAUT, « De l'instruction préparatoire », p. 111, Paris, thèse précitée, p. 98 ; GUILLOT, « Les principes du nouveau C.I.C. », pp. 35 et 36 ; LE POITTEVIN, « C.I.C. annoté », sous article 61, n^{os} 18 à 23 ; Code Dalloz annoté, article 55, n^{os} 49 à 55.

(60) Crim., 22-4-1875, B. 132 ; D.P. 1876.I43.

du garde des Sceaux, il est affirmé que l'article 61 C.I.C. « donne au ministère public seul le droit d'adresser des réquisitions aux juges d'instruction, et par voie de conséquence le droit de désigner, quand il y a plusieurs juges d'instruction au même siège, celui de ces magistrats qui doit être chargé de telle ou telle affaire ». En l'espèce, le tribunal de Saint-Brieuc avait désigné un deuxième juge d'instruction car le même jour deux affaires devaient être instruites. Après avoir procédé selon l'article 58 C.I.C., le tribunal avait cru pouvoir distribuer les dossiers. Le garde des Sceaux estima que cette manière était contraire à la loi et il rappela une circulaire d'un de ses prédécesseurs qui signalait divers usages abusifs (61).

Cette décision n'est pas demeurée isolée. A nouveau, ce droit absolu du ministère public est affirmé le 26 janvier 1907 (62), à la suite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Un tribunal, en raison de l'empêchement d'un juge d'instruction, avait chargé un de ses membres des fonctions. Au lieu de limiter là son rôle, le tribunal avait cru bon de lui confier l'instruction de vingt et une affaires nominativement déterminées. Dans ces conditions, la délibération du tribunal fut cassée dans l'intérêt de la loi. Cette règle se trouve aussi appliquée dans une espèce où une chambre d'accusation avait décidé un supplément d'information sans préciser quel magistrat en serait chargé. La chambre criminelle décida que la chambre d'accusation avait fait une référence implicite à l'article 61 C.I.C. conférant au ministère public le soin d'effectuer cette désignation (63).

620. — Cette pratique approuvée par la jurisprudence n'a pas manqué de susciter de vives critiques. Morizot-Thibault notait qu'un particulier n'a pas le droit de choisir son juge (64). Une seule restriction au droit du ministère public était apportée dans l'hypothèse d'une constitution de partie civile. Toutefois, au tribunal de la Seine, la pratique lui restituait ce droit. La constitution faite entre les mains du doyen des juges d'instruction aboutissait à l'examen par ce magistrat de la recevabilité de la demande, dont était ensuite chargé un autre juge selon les directives du ministère public. Si l'inculpé prétendait critiquer ce choix, il était obligé d'utiliser la procédure de la récusation ou de la suspicion légitime (65), à la condition qu'il se trouve dans un cas limitativement énuméré par la loi. Il n'est pas douteux que le choix du juge peut influencer la conduite de l'instruction (surtout pour les affaires à caractère politique). Aussi convenait-il d'apporter une solution nouvelle.

(61) Circulaire du 17-7-1856, citée dans le réquisitoire D.P. 1876.I.43.

(62) Crim., 26-1-1907, B. 45 ; D.P. 1911.I.289, note Le Poittevin. Voir aussi Paris, 7-12-1898 ; S. 1901.2.305 et la note de Roux.

(63) Crim., 28-6-1935, B. 85.

(64) MORIZOT-THIBAUT, *op. cit.*, p. 111. Voir aussi les observations du président BROUCHOT, Journées de science pénale de Strasbourg, 1954, *op. cit.*, p. 53.

(65) Sur cette question, voir MARQUSET, Encyclopédie Dalloz de droit criminel. V° juge d'instruction n° 30 (avec les références citées) et V° récusation n° 14.

621. — Le Code de procédure pénale a entendu réglementer cette matière. Il devenait nécessaire de le faire puisque, en raison de la réforme de l'organisation judiciaire, de nombreux tribunaux allaient être pourvus de plusieurs juges d'instruction.

A cette fin, l'article 83 C.P.P. précise que le président du tribunal désigne, pour chaque dossier, le magistrat qui en sera chargé. La première rédaction du Code avait, d'ailleurs, institué un système de recours contre la décision du président du tribunal. Le dessaisissement du juge pouvait être sollicité par l'une des parties à l'instance au moyen d'une requête motivée (66).

Pour éviter les difficultés qui n'auraient pas manqué de se présenter pour l'application de cet article, l'ordonnance du 23 décembre 1958 modifia la procédure du choix du juge d'instruction. Au lieu de posséder un aspect contentieux, la désignation du juge se présente comme une mesure d'ordre administratif.

Le président du tribunal répartit les dossiers et si une des parties n'est pas satisfaite de ce choix, elle doit s'adresser au procureur de la République. L'article 84 al. 1 dispose, en effet : « Le dessaisissement du juge d'instruction au profit d'un autre juge d'instruction peut être demandé au président du tribunal, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice par requête motivée du procureur de la République agissant soit spontanément soit à la demande de l'inculpé ou de la partie civile. »

Le président du tribunal doit statuer dans les huit jours par une ordonnance qui n'est susceptible d'aucune voie de recours. Ainsi la distribution des affaires apparaît comme une véritable mesure d'ordre du tribunal, car les voies de recours seraient nuisibles à la bonne administration de la justice.

622. — La Cour de cassation a, d'ailleurs, interprété ainsi le sens de ces nouvelles dispositions. A la suite de la vacance d'un poste d'instruction, un nouveau juge avait été désigné. Ce dernier entreprit de continuer la procédure commencée sans que le président du tribunal n'ait confirmé sa désignation. L'inculpé se pourvut en cassation en excipant la violation des droits de la défense. La chambre criminelle par un arrêt du 5 mai 1960 (67) déclara que les articles 83 et 84 C.P.P. étaient des formalités d'ordre administratif n'intéressant en rien les droits proprement dits de l'accusation ou de la défense et dont les irrégularités ne sauraient constituer une nullité substantielle de la procédure ni donner ouverture à cassation. Les intérêts éventuels des

(66) Le président du tribunal devait, alors, répondre par une nouvelle décision dans les huit jours. L'appel était possible devant la chambre d'accusation qui devait statuer dans la quinzaine.

L'alinéa 4 de l'article 84 précisait que ces contestations n'avaient pas d'effet suspensif. En d'autres termes, la procédure devait être continuée jusqu'à ce qu'une décision dessaisisse le magistrat instructeur.

(67) *Crim.*, 5-5-1960, B. 246 ; *J.C.P.* 1960.II.11735, note Depaule. La même formule est reproduite dans l'arrêt de *Crim.*, 4-4-1962 ; *J.C.P.* 1962.IV.74 ; *Bull. Crim.*, 1962, n° 161.

parties sont suffisamment garantis par les articles 84 al. 1 et 2, permettant de présenter une requête en vue d'obtenir le dessaisissement du juge d'instruction au profit d'un autre.

Ainsi, la répartition des dossiers est effectuée de manière impartiale par une personne qui n'a aucun intérêt à la procédure en sorte que la décision ne pourra pas être contestée. Cette procédure doit être suivie, même dans l'hypothèse d'une constitution de partie civile. Une seule exception est apportée à ce principe : en cas d'infraction flagrante le ministère public a la possibilité de requérir le juge d'instruction présent sur les lieux de mener une information (art. 72 al. 5).

En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable choix du ministère public puisqu'il peut uniquement saisir le juge présent. Dans ces conditions, l'indépendance du juge d'instruction est mieux assurée et le ministère public disposera seulement de droits provenant de sa qualité de partie à l'instance.

§ 2. — Les attributions du ministère public résultant de sa qualité de partie à l'instance.

623. — L'article 61 C.I.C. indiquait, dans sa rédaction de 1808, que le juge « ne fera aucun acte de poursuite et d'instruction qu'il n'ait donné communication de la procédure au procureur impérial ». On aurait pu, de ce texte, penser que le juge doit avant l'accomplissement de tout acte de son office en référer au ministère public. De plus, aucun autre texte ne réglementait le rôle du procureur de la République.

La pratique fut toute différente. Le droit du ministère public d'avoir communication de la procédure avant tout acte d'instruction s'est transformé en une simple faculté. Les premiers commentateurs du C.I.C. estimèrent, en effet, que ce droit de regard gênerait la bonne marche de l'instruction s'il fallait à tout instant solliciter l'avis du parquet. De plus, aucune règle n'indiquait si l'accord du procureur de la République était nécessaire. La pratique institua une sorte de *modus vivendi* qui trouva sa consécration officielle dans la loi du 17 juillet 1856.

L'article 61 précisa que le procureur de la République pouvait obtenir la communication de la procédure à toutes les époques de l'information à charge de rendre les pièces dans les vingt-quatre heures. L'article 135 accordait, d'autre part, un droit d'appel (68) à l'encontre de toutes les ordonnances du juge d'instruction. Ces deux droits lui sont attribués en tant que partie à l'instance et il n'est pas sans intérêt de noter que cette précision émane de la loi de 1856 qui a attribué des pouvoirs juridictionnels au juge d'instruction. Le Code de

(68) Notons, une fois pour toutes, que ce droit intitulé primitivement d'« opposition », a été qualifié d'appel par la loi du 7 février 1933.

procédure pénale a confirmé ces deux attributions (art. 82 et art. 185 C.P.P.).

A. — LE DROIT DE COMMUNICATION
DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE.

624. — Ce droit de communication peut, en fait, revêtir deux aspects. Il peut s'agir d'une simple transmission matérielle du dossier, mais aussi d'une participation à la confection de certains actes d'instruction.

La transmission du dossier peut intervenir au début de l'information. Il en est ainsi lorsque l'instruction est ouverte par suite de la constitution de la partie civile (art. 86 al. 1 C.P.P., ancien art. 70 C.I.C.). Mais c'est principalement en cours d'instance que la communication du dossier est requise par le Parquet. L'article 61 C.I.C. permettait au procureur de la République de conserver le dossier pendant vingt-quatre heures. De cette manière, il pourra prendre une part active à la conduite de l'instruction.

Le Code de procédure pénale révèle directement cet aspect. L'article 82 al. 1 C.P.P. reconnaît au procureur de la République la possibilité de demander au juge tout acte lui paraissant utile à la manifestation de la vérité. Cette demande sera effectuée au moyen de réquisitoires. Dans ce dessein, l'article 82 al. 2 C.P.P. permet la communication de la procédure à toute époque de l'information, pour une durée de vingt-quatre heures.

Le ministère public peut, ainsi, suggérer au juge telle ou telle investigation. Cependant, le magistrat demeure maître de la procédure. S'il estime ne pas devoir procéder aux actes requis, il répondra en motivant son refus. L'article 82 al. 3 précise que l'ordonnance motivée doit intervenir dans les cinq jours des réquisitions du Parquet.

625. — La participation de la partie publique peut, parfois, être plus active. Dans certains cas, la loi a prévu qu'elle pourrait assister à la confection des actes d'instruction. En quelque sorte, la communication ne résulte pas d'une transmission du dossier écrit, mais d'une connaissance directe.

En prévoyant la communication de la procédure à toute réquisition, le C.I.C. paraissait exclure toute participation à l'élaboration des actes d'instruction. Toutefois, il existait au moins un acte pour l'exécution duquel le juge devait être assisté du procureur de la République. L'article 62 C.I.C. disposait, en effet : « Lorsque le juge d'instruction se transportera sur les lieux, il sera toujours accompagné du procureur de la République et du greffier du tribunal. » La participation de ce magistrat est donc nécessaire. Que se passera-t-il si le juge ne peut obtenir sa présence (69) ?

(69) Il a été longuement disserté sur cette question au XIX^e siècle. Certains estimaient que le juge pouvait procéder seul au transport sur les lieux, d'autres l'autorisaient à saisir le tribunal pour que soit désigné un représentant du

Un arrêt, déjà ancien, de la Cour de Montpellier a admis la validité du transport effectué par le juge d'instruction du moment que le procureur de la République avait été averti de cet acte (70). Telle était la solution préconisée par la doctrine dominante (71). Faustin Hélie, notamment, écrivait : « Le juge d'instruction, lorsqu'il ordonne un transport et qu'il l'opère, agit dans le cercle de ses attributions : comment donc pourrait-il dépendre de la volonté du ministère public, en refusant de l'accompagner, d'empêcher l'exécution d'une ordonnance parfaitement régulière ?... Ne serait-ce pas lui reconnaître le droit d'arrêter le cours d'une procédure que de subordonner à sa volonté les mesures d'instruction que le juge déclare nécessaires à la manifestation de la vérité ? ».

266. — C'est, d'ailleurs, en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence. Outre l'arrêt de Montpellier, qui reconnaissait que le procureur de la République « ne peut entraver la marche de l'instruction », un arrêt de la Cour de Pau a statué dans le même sens (72). Cette dernière décision était même audacieuse en ce qu'elle admettait que le juge d'instruction pouvait se rendre sur les lieux sans même prévenir le procureur de l'accomplissement de cet acte. Cette dernière précision aurait peut-être entraîné la censure de la Cour de cassation ; car, si pendant longtemps cette juridiction n'avait pas connu de semblable affaire, elle a été amenée récemment à préciser le sens de l'article 62 C.I.C.

Le 17 janvier 1956 (72), il s'agissait d'une espèce où le juge, avant de se transporter sur les lieux, avait avisé le ministère public. Ce dernier, le commissaire du Gouvernement près le tribunal des forces armées, avait reconnu cette mesure utile mais n'avait pas jugé opportun d'y prendre part personnellement. La Cour de cassation constate que satisfaisait au vœu de l'article 62 C.I.C. l'ordonnance de transport qui mentionnait que le ministère public avisé du transport sur les lieux n'a pas jugé utile d'y participer. Il convient de remarquer que la chambre criminelle a pu statuer ainsi, parce que le juge avait préalablement averti le ministère public. Les mêmes motifs se retrouvent dans un autre arrêt du 18 février 1958 (74).

Ainsi, la présence prévue à l'article 62 C.I.C. comme nécessaire à la régularité de l'acte a été considérée comme un moyen de participa-

ministère public pour l'assister. D'autres enfin, n'admettaient le transport du juge seul qu'en cas d'urgence ou de péril en la demeure. Voir C.I.C. annoté Dalloz sous article 62, n° 37 à 47 ; MIMIN, « Le constat criminel » p. 39 et ss.

(70) Montpellier, 27-6-1846 ; Jurisprudence générale Dalloz, V° Instruction criminelle, n° 568.

(71) Ainsi F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1620 ; LE POITTEVIN, C.I.C., article 62, n° 3 ; GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 776.

(72) Pau, 25-6-1910 ; D.P. 1912.2.89.

(73) Crim., 17-1-1956, B. 64.

(74) Crim., 18-2-1958, B. 161.

tion du ministère public à la procédure menée devant le juge d'instruction (75).

627. — Mais, en dehors du cadre légal de l'article 62, le procureur de la République peut-il être associé à la confection des actes d'instruction ? Son intervention est précisée à propos du mandat d'arrêt : le juge ne peut le décerner qu'après avoir entendu le procureur (art. 94 C.I.C.). De même, le juge le consulte avant de prendre des décisions juridictionnelles, comme l'ordonnance de mise en liberté provisoire ou l'ordonnance de règlement. En réalité, dans ces hypothèses il ne participe pas à la confection des actes ; il fournit son opinion avant l'exercice de la juridiction du juge d'instruction. Le problème de son assistance à certains actes d'instruction demeure entier.

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, il était, de principe, que le procureur de la République ne pouvait avoir accès au cabinet du magistrat instructeur. Toutefois, un jugement du tribunal de Corbeil, en date du 11 novembre 1901 (76) admit que l'assistance du ministère public à un interrogatoire n'entraînait pas la nullité de l'acte. Le tribunal rejeta les conclusions de la défense tendant à la nullité de la procédure, au motif que la loi du 8 décembre 1897 n'avait pas réglementé cette hypothèse à l'article 12. Il paraissait, cependant préférable et plus conforme à la volonté du législateur que les membres du Parquet s'abstiennent d'assister et surtout de prendre une part active aux interrogatoires et confrontations qu'effectue le juge d'instruction. Ainsi, tout en refusant d'admettre une nullité pour la présence du procureur, le jugement se réfère à la doctrine antérieure refusant au ministère public l'assistance aux actes d'instruction (77). Mais, avec l'intervention de la loi du 8 décembre 1897 permettant au conseil de l'inculpé de pénétrer dans le cabinet du juge d'instruction, certains auteurs n'hésitaient pas à concevoir l'entrée du procureur, afin de maintenir la balance égale entre la défense et l'accusation (78). On alléguait, aussi, en faveur du droit du procureur, les travaux préparatoires de la loi de 1897. M. Constans avait déclaré, le 25 mai 1897, que le ministère public n'avait pas besoin que lui soit reconnu un droit qu'il possède déjà. « La porte

(75) Depuis la loi du 7-2-1933, l'article 88 relatif aux perquisitions prescrivait au juge, avant de se transporter sur les lieux, de donner avis au ministère public. En quelque sorte, l'article 88 donne une solution identique à celle de l'article 62 C.I.C. (cf. aussi les remarques de LE POITTEVIN, sous art. 62, sur les recommandations de la Chancellerie conseillant aux juges de ne pas se déplacer dans un souci d'économie).

(76) Corbeil, 11-11-1901 ; D.P. 1903.2.301.

(77) Notamment F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1859 (Carnot, I, p. 337), qui considère que la violation de la règle, toutefois, ne saurait entraîner la nullité de la procédure.

(78) Cf. la note au D.P. 1903.II.301, qui indique les auteurs favorables à cette thèse.

lui est déjà tout ouverte, et nous n'avons pas besoin d'enfoncer une porte qui s'ouvre d'elle-même » (79).

628. — Quelques années après le jugement du tribunal de Corbeil, la Cour de cassation était saisie d'une question identique (80). La Cour de cassation rejeta la demande, en constatant qu'aucune disposition légale n'édicte la nullité des actes d'instruction auxquels aurait assisté un officier du ministère public (81).

L'annotateur anonyme au Dalloz estime que cette solution est logique lorsque l'avocat de l'inculpé a accès au cabinet du juge : il est normal que la partie publique ne soit pas plus mal traitée. En revanche, il désapprouve la solution de l'espèce puisque l'inculpé n'avait pu faire pénétrer son conseil (en raison de la non-application de la loi de 1897). L'annotateur au Sirey critique la solution de l'arrêt en invoquant les textes. L'article 61 C.I.C. n'aurait pas eu de raison d'être si le ministère public avait toujours eu la possibilité d'assister aux actes d'instruction. D'autre part, en cas de conflit entre le juge et le procureur, il se présente une grave atteinte à l'indépendance du juge. Toutefois cet annotateur reconnaît que la nullité ne pouvait être admise puisqu'il n'y avait pas eu violation du secret de l'instruction.

Ainsi, outre la transmission du dossier, le ministère public pouvait participer à la confection des actes d'instruction. Le Code de procédure pénale renforce ces droits.

629. — A nouveau, figure la possibilité pour le juge d'instruction de solliciter de la partie publique son opinion avant de prendre certaines graves décisions. Il en est ainsi pour la délivrance d'un mandat d'arrêt (art. 131 C.P.P.), pour une ordonnance de mise en liberté provisoire (art. 140 al. 1, art. 141 al. 2). Le ministère public pourrait même solliciter la mise en liberté provisoire (art. 140 al. 2). En cas de demande de restitution d'un objet placé sous main de justice, l'avis du procureur doit être fourni (art. 99 al. 2 C.P.P.). Enfin ses réquisitions seront nécessaires avant de condamner un témoin défaillant à l'amende (art. 109 al. 2 et al. 3 C.P.P.), et avant de rendre une ordonnance de clôture (art. 175 C.P.P.).

Dans toutes ces hypothèses, le ministère public agit par voie de réquisitions, c'est-à-dire qu'il fournira des actes écrits. De plus, cette

(79) Propos du sénateur CONSTANS rapporté au commentaire de la loi du 8-12-1897 ; D.P. 1897.4.126.

(80) L'espèce était, d'ailleurs, favorable pour permettre à la chambre criminelle d'exercer une censure stricte.

En effet, l'instruction concernait l'utilisation, par un juge d'instruction, des attributions particulières au président de la cour d'assises (art. 303 C.I.C.). Après avoir exclu l'application de la loi de 1897, la chambre criminelle devait examiner si la présence du ministère public à une confrontation pouvait entacher de nullité cet acte.

(81) Crim., 1-9-1910 ; S. 1911.I.421 ; D.P. 1910.I.482.

intervention est nécessaire préalablement à toute décision du juge d'instruction.

630. — Enfin la participation directe de la partie publique aux actes d'instruction est mieux précisée. L'article 92 C.P.P. reproduit la disposition de l'article 62 C.I.C. relativement au transport sur les lieux. « Le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux... Il en donne avis au procureur de la République qui a la faculté de l'accompagner ».

Ainsi la question posée à propos de l'article 62, se trouve résolue selon les directives de la jurisprudence. Une partie ne peut gêner l'action du juge qui a estimé un déplacement sur les lieux utile à la manifestation de la vérité. Mais le déplacement sur les lieux, acte d'instruction, ne constitue pas toujours un but en soi. Il permet au juge d'effectuer toutes constatations utiles ainsi que toutes perquisitions.

Dès lors, les perquisitions vont pouvoir être effectuées en présence du ministère public. Si le juge d'instruction conserve la direction des opérations, le procureur pourra, néanmoins, solliciter telle ou telle investigation supplémentaire sans que le juge soit tenu d'y satisfaire.

La présence du représentant du Parquet sera aussi permise lors de l'interrogatoire de l'inculpé. La solution admise par l'arrêt de 1910 est actuellement consacrée par la loi. L'article 119 C.P.P. précise, en effet, que toute audition de la partie civile, toute confrontation ou tout interrogatoire pourra être effectué en présence du ministère public.

Pour permettre l'exercice utile de ce droit, la loi a indiqué de quelle manière il doit être prévenu de l'exécution d'un de ces actes (82). Le greffier du juge l'avertira par simple note, au plus tard l'avant-veille de l'interrogatoire ou de l'acte (83). Une sanction est attachée à cette prescription. Si le greffier ne prévenait pas le procureur, une amende civile de 10 F pourrait être prononcée par le président de la chambre d'accusation à l'encontre du greffier.

631. — L'ouverture du cabinet du juge à la partie publique ne permet pas seulement l'assistance à la confection de l'acte : elle autorise le procureur à poser des questions. Ces questions, toutefois, n'interviennent qu'après autorisation du juge (art. 120 C.P.P.). Si le juge estime la demande inutile, le texte sera inscrit au pied du procès-verbal ou joint à celui-ci.

Ainsi le ministère public peut prendre une participation active à certains actes d'instruction. En outre, il peut orienter les recherches du juge en sollicitant tout acte qui lui paraît utile à la manifestation

(82) Il convient de remarquer que le procédé est différent de celui adopté pour la convocation des conseils des parties. Le juge d'instruction n'est pas tenu d'avertir de tout acte de cette catégorie, mais uniquement dans l'hypothèse où le procureur a manifesté son intention d'y assister.

(83) Le texte de l'article 119 al. 2 mentionne seulement l'interrogatoire, mais il semble que ce vocable englobe les différents actes pour lesquels la présence du procureur est admise (art. 119 al. 1).

de la vérité (art. 82). Si le juge refuse d'y procéder, il répondra par une ordonnance motivée (art. 82 al. 3 C.P.P.). De cette manière, le procureur sera à même de saisir de sa requête la juridiction supérieure. L'article 183 C.P.P. dispose, en effet, dans son 4^e alinéa qu'il devra être donné avis au procureur de toute ordonnance non conforme à ses réquisitions, le jour même où elle sera rendue. Si le greffier ne remplissait pas cette obligation, une amende civile pourrait être prononcée contre lui par le président de la chambre d'accusation (10 F) (art. 183 al. 4). Cet avis aura pour effet de permettre au procureur l'exercice de son droit d'appel.

B. — LE DROIT D'APPEL DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE.

632. — Le Code d'instruction criminelle n'avait pas réglementé de manière précise ce droit. Il existait deux hypothèses où l'appel était admis : en matière de liberté provisoire (art. 135 C.I.C.) et en matière de compétence (art. 539 C.I.C.).

Dans ces conditions, se posait la question de savoir si l'appel devait être limité à ces cas ou bien s'il s'agissait d'un droit général. On rechercha la solution donnée sous l'empire de l'ordonnance de 1670. En principe, l'appel est autorisé à l'encontre de toutes les sentences préparatoires. De plus, l'appel est une voie de recours de droit commun dans l'organisation judiciaire française. Cette règle est particulièrement utile lorsque la sentence émane d'un seul juge. Ainsi la loi n'a pu vouloir accorder au juge d'instruction un pouvoir totalement discrétionnaire dans un domaine où les atteintes à la liberté individuelle sont particulièrement marquées.

Les auteurs du début du XIX^e siècle, tout en regrettant l'imprécision du Code, estimaient que l'appel était possible. Le silence du Code pouvait d'ailleurs être interprété. Dans deux cas, il était indiqué que les décisions du juge n'étaient pas susceptibles d'appel (art. 34 et 80 C.I.C.). On pouvait en déduire que l'appel était de droit dans toutes les autres hypothèses. C'est cette thèse qu'a adoptée la Cour de cassation. Par un arrêt du 4 août 1820 (84), il est affirmé : « Des dispositions des articles 34 et 80, il résulte qu'en thèse générale, les ordonnances du juge d'instruction ne sont point affranchies du recours par la voie d'appel ». Des arrêts ultérieurs confirmèrent cette prise de position (85).

Certes, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 27 avril 1833, prenait la position adverse en estimant que les actes du juge, bien qu'ils puissent être rigoureux pour les citoyens « sont des actes de pure instruction dont il ne peut être permis d'interjeter appel » (86).

(84) *Crim.*, 4-8-1820 ; *S. chronologique*, B. 109.

(85) Ainsi *Crim.*, 1-8-1822, « Les actes faits dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction ne sont pas affranchis par la loi de tout recours par voie d'opposition ou d'appel » (B. 104). De même *Crim.*, 24-2-1831, B. 33 ; *Crim.*, 23-12-1831, B. 328.

(86) Paris, 27-4-1833, rapporté par F. HÉLIE, 2^e éd., n° 1625 et le commentaire.

Mais la solution de la Cour de cassation devait triompher. Un arrêt du 23 décembre 1831 (87) déclare : « Le ministère public a toujours le droit de se pourvoir contre les ordonnances du juge d'instruction. En pareil cas, son recours doit être porté devant la chambre d'accusation et non devant la chambre du conseil du tribunal dont le juge d'instruction fait partie. »

Faustin Hélie pouvait, alors, écrire : « La loi a abandonné aux lumières et à la conscience du juge d'instruction l'examen des charges et des circonstances d'après lesquelles il doit se déterminer à user du pouvoir qui lui est confié, mais le ministère public conserve toujours le droit de déférer à la chambre d'accusation ceux de ses actes qui pourraient entraver l'exercice de l'action publique ou compromettre le sort de l'instruction elle-même » (88).

633. — La loi du 17 juillet 1856, en supprimant la chambre du conseil et en érigeant le juge d'instruction en juridiction d'instruction du premier degré, vint confirmer la solution jurisprudentielle. L'exposé des motifs de la loi rappelle la jurisprudence qui est qualifiée de légitime. Toutefois il est apparu nécessaire de consacrer expressément ce droit, déduit des principes généraux du Code (89). Ne voulant pas innover, cette loi consacra les applications antérieures. Aussi, le premier alinéa de l'article 135 autorise « le procureur impérial à former opposition dans tous les cas, aux ordonnances du juge d'instruction ».

En présence de ce texte, la Cour de cassation ne put que reconnaître : « Tout doute doit cesser devant la nouvelle rédaction donnée à l'article 135 C.I.C. par la loi de 1856, qui étend à tous les cas le droit du ministère public de former appel des ordonnances du juge d'instruction, proclamant ainsi le droit absolu de la partie publique à quelque phase de la procédure et dans quelque cas que ces ordonnances aient été rendues » (90).

634. — Ainsi le ministère public a-t-il la possibilité de saisir la juridiction supérieure en cas de décision du juge rendue contrairement à ses réquisitions. Il faut, toutefois, qu'il s'agisse d'une décision. Il ne serait pas possible d'attaquer directement des actes d'instruction, comme les interrogatoires des prévenus. Telle est la solution adoptée par la chambre criminelle le 14 avril 1899 (91). En ce domaine, l'intervention de la loi du 8 décembre 1897 n'a ni changé, ni modifié les voies de recours ouvertes par l'article 135 C.I.C. contre les ordonnances du juge d'instruction.

(87) Crim., 23-12-1831, B. 328. Voir aussi Crim., 7-4-1837, B. 107.

(88) F. HÉLIE, *op. cit.*, 2^e éd., Tome IV, n° 1626.

(89) Exposé des motifs de la loi du 17-7-1856 ; D.P. 1856.4.126.

(90) Crim., 16-1-1862, B. 18 ; D.P. 1862.I.146 ; S. 1862.I.749, rendu à propos du pouvoir du juge d'instruction de décerner une amende contre un témoin qui refuse de déposer. En l'espèce, le témoin n'avait voulu ni mentir ni s'accuser, et le juge n'avait pas prononcé l'amende.

(91) Crim., 14-4-1899, B. 81.

Puisque aucun changement n'était intervenu, un problème se posait pour savoir comment seraient réparées les nullités résultant d'actes irrégulièrement accomplis. En effet, l'intérêt d'une bonne administration de la justice exige que ces vices soient réparés au plus tôt. Après avoir reconnu que le juge d'instruction ne pouvait lui-même annuler un acte irrégulier, la chambre criminelle a déclaré qu'en ce cas le juge devait mettre l'inculpé, assisté de son conseil, en demeure de déclarer s'il entendait opposer la nullité. Dans l'affirmative, le juge doit communiquer la procédure au procureur, qui fera appel de l'ordonnance de soit-communiqué, et la chambre d'accusation appréciera la régularité des actes (92).

Ainsi, la possibilité offerte par l'article 135 C.I.C. de faire appel de toute décision du juge a permis de redresser les erreurs de la procédure d'instruction, en raison de la généralité des termes de cet article.

635. — On pouvait, cependant, estimer que ce droit d'appel ne serait ouvert qu'à l'encontre des décisions juridictionnelles par lesquelles le juge tranche un litige. Cette opinion pouvait s'accréditer de l'interprétation de l'article 10 de la loi de 1897, résultant tant de la chancellerie que de la jurisprudence. La Cour de cassation n'a pas cru devoir admettre cette conception.

La cour d'appel de Paris avait tenté, dans un arrêt du 13 mars 1953, d'établir une distinction entre les actes accomplis par le juge en qualité d'officier de police judiciaire et ceux exécutés dans l'exercice de ses pouvoirs juridictionnels. Le droit d'appel ne serait, alors, reconnu au procureur de la République qu'à l'encontre des actes juridictionnels. « Si certaines des décisions prises par le juge d'instruction en sa qualité d'officier de police judiciaire sont susceptibles d'entraver l'exercice de l'action publique ou de compromettre le sort de l'instruction elle-même, elles ne peuvent, pour autant, donner ouverture à un incident contentieux » (93). En l'espèce, il s'agissait du refus par le juge de décerner un mandat de dépôt et la cour d'appel considérerait que, dans l'appréciation du bien-fondé de cette mesure, le juge ne relevait que de la juridiction de discipline établie par l'article 279 C.I.C. Sur pourvoi du procureur général, la chambre criminelle cassa cet arrêt (94). « En statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé l'article 135 C.I.C. qui n'établit aucune distinction entre les ordonnances du juge d'instruction et qui n'apporte aucune restriction au droit absolu du ministère public de faire appel des décisions qui — comme en l'espèce — refusent de faire droit à ses réquisitions et qui revêtent le caractère d'ordonnances au sens de l'article 135 C.I.C. ».

(92) Crim., 8-12-1899 ; S. 1901.I.153, note Roux ; D.P. 1900.I.31.

(93) Paris, 13-3-1953, rapporté avec l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25-3-1954 ; D. 1954.345, note P.A. ; J.C.P. 1954.II.8133, note Chambon.

(94) Crim., 25-3-1954, B. 123 ; D. 1954.345 ; J.C.P. 1954.II.8133, note Chambon.

636. — Deux arrêts ultérieurs devaient exprimer la même doctrine. Le 15 novembre 1956 (95), il est affirmé que l'appel du ministère public s'exerce à l'encontre de toute ordonnance, sans chercher à savoir si cet acte présente un caractère administratif ou contentieux ni même s'il a été rendu selon les conclusions présentées. Il s'agissait, en l'espèce, d'une ordonnance relative à la procédure de restitution d'objets saisis. Malgré le texte restrictif de l'article 89 C.I.C., la chambre criminelle reconnut que le texte général de l'article 135 ne pouvait être mis en échec par la procédure particulière organisée au profit de la personne sollicitant la restitution des documents.

Mais une circonstance particulière pouvait faire échec aux prétentions du ministère public puisque l'ordonnance du juge avait été rendue conformément à ses conclusions. Or, il est de principe que pour agir il faut un intérêt. La Cour de cassation rejeta aussi cet argument. « Il importe peu que l'ordonnance dont le ministère public a relevé appel ait été rendue conformément à ses réquisitions, cette circonstance ne pouvant lui enlever la faculté d'user d'un droit qui lui est ouvert par l'article 135 C.I.C., droit qui ne peut encourir d'autre fin de non-recevoir que celle qui résulterait de l'inobservation des formes et des délais légaux ».

Ce droit est tellement absolu qu'il pourrait s'exercer même en des hypothèses où aucune autre partie ne possède de droit de critique. Ainsi en est-il pour l'ordonnance de renvoi, alors que la jurisprudence considère que l'inculpé et la partie civile ne peuvent exercer de voie de recours en ce cas puisqu'ils ont toute possibilité de faire valoir leurs arguments devant la juridiction de jugement.

Il n'en est pas de même pour le ministère public ainsi qu'en témoigne un arrêt du 8 juillet 1958 (96). Une partie civile avait déposé une plainte entre les mains du juge d'instruction, et l'action publique se trouvait engagée. Après l'information, le juge conclut au renvoi devant la juridiction de jugement. Le ministère public fit appel de cette ordonnance en invoquant l'irrecevabilité de la constitution de la partie civile. La chambre d'accusation admit cette demande et rendit un arrêt de non-lieu. La partie civile se pourvut en cassation en estimant que le ministère public n'avait pu valablement saisir la chambre d'accusation. La chambre criminelle rejeta cette prétention en rappelant le droit absolu du ministère public d'interjeter appel des ordonnances du juge d'instruction, sans aucune distinction entre les ordonnances ni aucune restriction à ce droit.

637. — Le Code de procédure pénale n'a, à cet égard, apporté aucune modification à ce droit. L'article 185 dispose, en effet, « Le procureur de la République a le droit d'interjeter appel devant la chambre d'accusation, de toute ordonnance du juge d'instruction ». Aucune limitation n'est donc faite quant aux ordonnances dont il

(95) *Crim.*, 15-11-1956, B. 753 ; *Rev. Sc. crim.*, 1957, p. 391.

(96) *Crim.*, 8-7-1958, B. 526 ; *J.C.P.* 1958.II.10861, note Chambon.

est susceptible d'être fait appel. Comme par le passé, ce droit doit être exercé dans les 24 heures, et le procureur général a la même faculté dans le délai de 10 jours.

Le droit d'appel de la partie publique apparaît général et absolu. Ainsi, dans l'affaire Pesquet, le procureur de la République a pu valablement faire appel de l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction refusait de décerner un mandat de dépôt (97).

Mais, il semble que le droit d'appel du ministère public peut uniquement s'exercer à l'encontre des actes juridictionnels du juge d'instruction. On ne saurait admettre le procureur de la République à attaquer un acte de pure instruction rendu sous forme d'ordonnance, comme une commission rogatoire, par exemple. De même, une ordonnance de soit-communiqué non-juridictionnelle (98) ne pourrait faire l'objet de l'exercice du droit d'appel. Cette solution doit être admise maintenant, puisque le Code de procédure pénale a organisé une procédure particulière permettant de constater les nullités commises en cours d'instruction (art. 171 C.P.P.). La procédure suggérée par la chambre criminelle, le 8 décembre 1899 (99), n'a plus désormais de raison d'être.

638. — MM. Brouhot et Gazier estiment, néanmoins, que le droit d'appel du ministère public peut s'exercer à l'encontre de toute ordonnance administrative ou juridictionnelle (100). Cette opinion ne nous semble pas fondée. En effet, si on devait l'admettre, l'accomplissement de tout acte par le juge pourrait entraîner l'exercice de ce droit. Dans ces conditions le cours de l'instruction serait sans cesse perturbé et le juge ne disposerait plus de l'indépendance nécessaire pour mener son information.

Une formalité purement administrative ne saurait permettre à une partie à l'instance d'exercer un droit de contrôle sur la marche de la procédure. En revanche, ce droit doit être largement admis quand l'acte est juridictionnel. Ainsi le refus, par un juge d'instruction, d'exécuter un acte sollicité par le ministère public constitue une décision à caractère contentieux autorisant le droit d'appel. De cette manière, les intérêts du ministère public ne seront pas compromis puisqu'à tout moment il peut obtenir une décision du juge, et l'indépendance du juge d'instruction sera préservée. En cas de désaccord, le conflit sera tranché par une juridiction hiérarchiquement supérieure.

Ainsi, les droits attribués au ministère public apparaissent comme accordés à une partie à l'instance, sans que leur exercice puisse gêner la liberté d'appréciation du magistrat-instructeur.

(97) Crim., 22-12-1959, D. 1960, p. 1.

(98) Voir *supra*, n° 634.

(99) Crim., 8-12-1899 ; S. 1901.I.153, note Roux. Voir une application de cette procédure dans un arrêt de Paris, 15-12-1916, rapporté avec Crim., 25-1-1917 ; D.P. 1918.I.97.

(100) BROUCHOT et GAZIER, *Analyse et commentaire du C.P.P.*, n° 91.

SECTION II

LA SITUATION DE LA PARTIE CIVILE

639. — Pour des raisons de commodité de preuve, autant que de bonne administration de la justice, la possibilité de joindre à l'action de la Société celle de la partie lésée a toujours été admise. Après avoir défini les buts des deux actions, le Code d'instruction criminelle indiquait en son article 3 que « l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique » (101). De même, le Code de procédure pénale reprend cette disposition en précisant dans son article 3 : « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction ». Ainsi, à quelque stade que soit exercée l'action publique, l'action civile sera recevable.

La partie civile peut intervenir au cours de l'instruction préparatoire. Avant de déterminer les droits reconnus à cette partie, il nous faut préalablement définir quand une personne possède cette qualité.

§ 1. — L'acquisition de la qualité de partie civile.

640. — Pour prétendre à la qualité de partie civile, il faut nécessairement avoir souffert d'un préjudice provenant de la commission d'une infraction. La victime doit, alors, rapporter la preuve de ce fait (102). En admettant que cette preuve soit fournie, la personne lésée n'est pas admise dans tous les cas à porter son action devant la juridiction d'instruction.

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction ne pouvait instruire que si les faits présentaient les apparences d'un crime ou d'un délit. Dans ces conditions aucune constitution de partie civile ne pouvait être admise en matière de contravention. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé un arrêt de la chambre criminelle du 18 avril 1929 (103). Si, d'après l'article 63 C.I.C., la personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction, ce droit ne s'étend pas aux

(101) Au cours des discussions préparatoires au C.I.C., avait été admis le principe de l'unité des juridictions civiles et pénales. Cf. STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^o 209 et 210.

(102) Ainsi Crim., 9-2-1961, B. 83 ; D. 1961.306 ; J.C.P., 1961.II.12004 et le rapport de M. COMBALDIEU : Crim., 6 novembre 1963, Bull. crim. 1963, n^o 308, p. 654 ; Crim., 16-3-1964 ; J.C.P. 1964.II.13744, note A.P. ; Crim., 17-11-1964 ; J.C.P. 1965.II.14052.

(103) Crim., 18-4-1929, B. 128 ; D.P. 1930.I.40 (cf. F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n^o 1658).

contraventions de police. L'action publique doit être portée directement devant la juridiction de jugement et il en est de même pour l'action civile.

Avec le Code de procédure pénale se manifeste une différenciation du régime des deux actions. Aux termes de l'article 79 C.P.P. une instruction peut être ouverte en matière de contravention, à la demande du ministère public (art. 44 C.P.P.). Seul le procureur de la République peut déclencher l'action publique en cette hypothèse. Faut-il admettre, dès lors, qu'une partie civile ne puisse se constituer une fois l'information ouverte ? Il ne le semble pas. En effet, ce qui est interdit, c'est la mise en mouvement de l'action publique au moyen de la constitution de partie civile. L'intervention de la partie lésée comme partie jointe serait admissible.

D'ailleurs, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, on considérait que l'information était régulière même, si au moment de la clôture, l'infraction se révélait être une contravention.

Dans ces conditions, le Code de procédure pénale n'a pu apporter par l'article 79 qu'une dérogation à l'article 85 déterminant les effets de la constitution initiale de partie civile devant le juge d'instruction. Reconnaisant l'utilité de la procédure préparatoire, le législateur a voulu en étendre le champ d'application sans, pour autant, craindre les abus de constitution de partie civile; aussi cette procédure est laissée à l'appréciation du procureur de la République. La victime de l'infraction a, d'ailleurs, la faculté de porter directement son action devant le tribunal de police, lequel pourrait prescrire un supplément d'information si les éléments fournis ne lui permettaient pas de statuer.

641. — Mais une fois l'action déclenchée devant le juge d'instruction, la victime a la possibilité de joindre son action à celle de la société (art. 87 C.P.P.). Se pose, alors, la question de savoir comment la victime acquiert la qualité de partie civile.

Ce qui distingue la partie civile d'un simple plaignant, c'est le fait que la partie civile fournit les moyens de la poursuite en consignait à l'avance une certaine somme d'argent destinée à couvrir les frais du procès. L'article 66 du Code d'instruction criminelle disposait, à cet égard : « Les plaignants ne seront réputés partie civile s'ils ne le déclarent formellement, soit par la plainte, soit par acte subséquent ou s'ils ne prennent par l'un ou par l'autre, des conclusions en dommages et intérêts. » Bien que le Code de procédure pénale ne reproduise pas cette formule, il convient d'estimer qu'il a admis implicitement cette manière de faire.

En effet, saisi d'une instance, le juge ne peut admettre une nouvelle partie qu'en connaissant ses prétentions. La plainte ordinaire apparaît comme une sorte de dénonciation civique, prise dans l'intérêt de la Société. La constitution de partie civile, en revanche, manifeste l'intention de la victime de faire valoir ses droits. Il convient, dès lors, que la volonté de cette dernière soit particulièrement nette.

642. — Des arrêts anciens de cours d'appel avaient eu à rechercher cette distinction (104). Mais c'est surtout un arrêt de la cour d'appel de Douai, rendu le 16 avril 1874 (105), qui résout la difficulté. La victime d'une infraction avait porté plainte contre l'auteur d'un fait délictueux, puis elle n'avait effectué aucun acte révélant son intention de se constituer partie civile. La cour d'appel de Douai lui dénia la qualité de partie civile en se fondant à la fois sur les articles 63 et 66 C.I.C., et elle affirma que la constitution de partie civile résulte uniquement d'une déclaration positive ou de conclusions à fins de dommages et intérêts. Le seul fait de porter plainte ne peut lui conférer cette qualité.

La chambre criminelle devait adopter la même attitude quelques années plus tard. Un individu était poursuivi pour dénonciation calomnieuse. Des recherches avaient été effectuées relativement aux faits dénoncés. Mais la Cour de cassation n'admit pas que le prévenu puisse intervenir dans cette instance : il ne possédait pas la qualité de partie civile (106).

Plus récemment, la cour d'appel d'Alger, le 6 avril 1951 (107), a rejeté la demande émanée d'une personne qui n'avait pas nettement exprimé son intention de se produire en qualité de partie civile. En l'espèce, un avocat avait fait parvenir au juge d'instruction une lettre par laquelle il déclarait représenter telle personne qui se constituait partie civile. Le juge fut amené, au cours de l'information, à entendre cette pseudo-partie civile, mais il n'avait pas convoqué, pour cet acte, l'avocat. L'audition de cette personne n'amena pas de constitution formelle. Toutefois, le juge convoqua ultérieurement l'avocat pour une confrontation, et même il lui notifia une demande et une ordonnance de mise en liberté provisoire comme si la constitution de partie civile était régulière. La cour d'appel, néanmoins, considéra que « la qualification de partie civile ainsi donnée à la plaignante n'a pu conférer à cette dernière cette qualité alors qu'elle n'avait fait aucun acte régulier pour se constituer partie civile et qu'elle n'avait même pas été invitée par ledit juge d'instruction à consigner au greffe la somme que devait fixer ce dernier pour couvrir les frais présumés de la procédure ».

La Cour de cassation vient d'avoir l'occasion d'indiquer qui devait être considéré comme partie civile. Le 31 août 1960 (108), il est déclaré que la plainte contenant offre par les plaignants de se constituer partie civile est suffisamment caractérisée pour entraîner ouverture des droits attachés à cette qualité.

En revanche, si une partie civile déjà constituée saisit le juge d'instruction de nouveaux griefs sans indiquer qu'elle entend se cons-

(104) Cf. F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n°s 1711 et 1739.

(105) Douai, 16 avril 1874 ; S. 1876.II.83.

(106) Crim., 17-8-1878 ; S. 1879.I.436 ; D.P. 1880.I.478.

(107) Alger, 6-4-1951 ; D. 1951.595.

(108) Crim., 31-8-1960 ; G.P. 1961.I ; Tables, V° Instruction, n°s 22 à 24.

tituer relativement à ces faits, la chambre criminelle considère que le juge ne se trouve pas saisi de ce nouveau chef et n'a pas à répondre à la demande de la partie civile (109).

643. — L'intention de la prétendue victime doit être exprimée ouvertement pour qu'elle soit admise comme partie civile, mais il importe aussi que soit consignée au greffe une somme prescrite par le juge en vue de couvrir les frais de procédure.

Aucun texte du C.I.C. n'édicteait une semblable obligation. Une ordonnance du 28 juin 1832 avait réglementé la matière de la consignation des sommes destinées à couvrir les frais de procédure par les parties civiles. Une loi du 23 octobre 1919 ajouta un article 644 au C.I.C., aux termes duquel un règlement d'administration publique déterminera tout ce qui a trait aux frais de justice en matière criminelle. Le décret du 5 octobre 1920, précise, en son article 151 « en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, la partie qui n'a pas obtenu l'assistance judiciaire est tenue, sous peine de non-recevabilité de sa plainte, de déposer au greffe la somme présumée nécessaire pour tous les frais de la procédure, lorsqu'elle saisit directement le juge d'instruction conformément à l'article 63 ou qu'elle cite directement le prévenu devant le tribunal correctionnel ou de simple police » (110).

Ainsi, pour mettre valablement l'instruction en marche, il est nécessaire que la partie lésée consigne la somme fixée par le juge. Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Alger, il était fait état de ce que le juge n'avait sollicité aucune consignation. Dans ces conditions, le plaignant n'est considéré partie civile qu'après cet acte.

Si, au cours de l'instruction, il apparaît que la somme consignée devient insuffisante, le juge pourra demander le versement d'un supplément de consignation (art. 150 al. 3 - Décret du 26-7-1947). Faute par la partie civile de consigner cette somme, elle perdrait cette qualité : le juge ne serait plus tenu de lui adresser les avis, toutefois elle demeurerait débitrice pour les actes antérieurement effectués.

Si la consignation est destinée uniquement à faciliter le recouvrement des frais de justice, il semble qu'il s'agit d'un acte de pure administration de la justice. C'est ce que révèle la jurisprudence de la Cour de cassation lorsque la partie civile cite directement à l'audience (111).

Mais il en est différemment en matière d'instruction préparatoire. C'est ce qu'a jugé la chambre criminelle le 8 août 1949 (112), à pro-

(109) Crim., 25-1-1961 ; B. 44 (Voir aussi Crim., 23-5-1962 ; J.C.P. 1962.IV.93).

(110) Le décret de 1920 a été remplacé par le décret du 26-7-1947 (art. 150).

(111) Le 3-5-1928 (B. 130), la Cour de cassation constate que la consignation est une mesure d'ordre et il importe peu que le juge examine la réalité de cet acte avant de statuer. Voir aussi Crim., 14-2-1957 (B. 150) : l'absence de consignation n'empêche pas la mise en marche de la procédure.

(112) Crim., 8-8-1949 ; D. 1949.426. Voir déjà une solution identique : trib. de la Seine, 27-2-1926 ; D.H. 1926.312. En outre, Crim., 3 octobre 1962, J.C.P. 1962.IV.141.

pos d'une ordonnance invitant une partie civile à verser un supplément de consignation. Devant le tribunal correctionnel, un prévenu du chef de diffamation invoquait l'exception de prescription, car durant cinq mois aucun acte d'instruction n'avait été effectué. Cependant, au cours de ce délai avait été rendue l'ordonnance relative à la consignation. Le tribunal puis la cour d'appel accueillirent ce moyen. Sur pourvoi de la partie civile, la chambre criminelle annula la décision en considérant que « cette ordonnance ne constitue pas un simple acte d'administration judiciaire; elle a, au contraire, une valeur juridictionnelle et implique, en outre, l'intention du magistrat instructeur de poursuivre la recherche des preuves en lui donnant les moyens de le faire sans préjudice pour le Trésor ».

644. — Cette décision manifeste, ainsi, que la consignation confère véritablement à la victime la qualité de partie à l'instance, car elle atteste sa volonté de poursuivre l'auteur de l'infraction. L'article 88 C.P.P. établit directement ce principe « Si la partie civile n'a pas obtenu l'assistance judiciaire, sa plainte, pour être recevable, doit être accompagnée de la consignation d'une somme destinée à couvrir les frais de procédure ».

Tel était le cas dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 25 juillet 1960 (113). Une partie civile avait porté plainte devant le juge d'instruction, qui mena son information en faisant entendre les inculpés puis s'adressa à la partie civile pour lui demander si elle maintenait sa plainte. Celle-ci s'expliqua et se déclara prête à verser le montant de la consignation destinée à couvrir les frais d'une expertise en écriture. Dans ces conditions, la Cour de cassation a pu considérer que cet acte constituait véritablement un acte d'instruction, intervenant après une saisine régulière du juge, puisque la victime avait suffisamment démontré son intention de poursuivre l'auteur de l'infraction.

Une fois constituée, la partie civile ne pourra plus arrêter le cours de l'action publique, sous réserve des hypothèses où la plainte est une condition nécessaire de la poursuite (114). Sous l'empire du C.I.C., l'article 66 permettait à la partie civile de se désister dans le délai de vingt-quatre heures, afin de ne pas encourir la mise à sa charge des frais de la procédure. Le Code de procédure pénale n'a pas reproduit cette faculté de désistement, mais il faut reconnaître qu'elle n'aurait pas grande utilité puisque l'article 177 C.P.P. al. 4 autorise le juge à décharger des frais la partie civile de bonne foi, en totalité ou en partie.

Après avoir déterminé à partir de quel moment une victime devenait partie civile, il importe de rechercher les droits qui lui sont reconnus dans l'instance en cours.

(113) Crim., 25-7-1960, B. 393.

(114) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 112-197 et 584 à 588.

§ 2. — Les droits de la partie civile.

645. — Le Code d'instruction criminelle de 1808 ignorait pratiquement la partie civile. Après l'avoir admise à déclencher l'action publique (art. 63) ou à se joindre à l'action du ministère public, elle disposait du seul droit de s'opposer à la mise en liberté des prévenus (art. 135 C.I.C.). Avec la loi du 17 juillet 1856, le droit d'appel se trouve précisé puisqu'il englobe toute ordonnance susceptible de faire grief à ses intérêts civils.

La situation était assez proche de celle de l'inculpé : le secret de l'instruction s'opposait à toute connaissance du dossier, leur intervention pouvant gêner le cours de la procédure. Certes, il pouvait toujours appartenir au magistrat instructeur d'user de faveurs à son égard en l'autorisant à être assistée d'un conseil ou en la prévenant de la clôture prochaine de l'information pour lui permettre de faire valoir ses droits. Mais cette faveur relevait de la conscience et de la souveraine appréciation du juge et ne pouvait constituer un droit pour la partie civile.

La loi du 8 décembre 1897 qui accordait à l'inculpé une certaine participation à la procédure, ignore totalement la partie civile. Or, dans certains cas, il peut arriver que la victime devienne un inculpé, puisque le juge a la possibilité d'inculper toute personne ayant participé au fait dénoncé. D'autre part, il paraissait un peu injuste d'accorder des droits à l'inculpé tandis que la partie civile ne pouvait en obtenir autant, alors que celle-ci est tenue d'acquitter les frais. Il convenait qu'elle soit au moins mise à même de faire valoir ses observations. Une certaine participation de la partie civile devait être admise : un projet de loi déposé en 1911 autorisait l'extension de la loi de 1897. Ce projet devait devenir la loi du 22 mars 1921. Le Code de procédure pénale a tenu compte de ce texte et même a élargi les droits de la partie civile. Celle-ci dispose donc de deux séries d'attributions : une participation à la procédure et un droit de critique de certains actes.

A. — LA PARTICIPATION A LA PROCÉDURE.

646. — Cette participation trouve son origine dans la loi du 22 mars 1921 qui ouvrit de manière sensible l'accès du cabinet d'instruction à la partie civile. Elle peut désormais être assistée d'un conseil et, cela, à partir de sa première audition. Cette assistance sera obligatoire si la partie civile a ainsi opté, sauf faculté de renonciation expresse de sa part. De plus, par l'intermédiaire de ce conseil, la partie civile pourra connaître le déroulement de la procédure : avant chacune de ses auditions, le conseil aura accès au dossier et il sera avisé de toute ordonnance juridictionnelle du magistrat.

Le Code de procédure pénale, en étendant les droits du ministère public, n'a pas voulu pour autant en priver la partie civile. Aussi la participation à la procédure est tantôt offerte directement à la partie civile, tantôt présentée par l'intermédiaire de son conseil.

1. — *La participation à la procédure de la partie civile elle-même.*

647. — La loi du 22 mars 1921 a autorisé la partie civile régulièrement constituée à se faire assister d'un conseil à partir de sa première audition. Au lieu d'être interrogée comme témoin dans une affaire qui est la sienne, la loi prévoit une procédure particulière. Mais cette audition n'étant pas destinée à lui porter préjudice, il s'agit d'une simple faculté. Pour l'inculpé, la première comparution est entourée d'un formalisme destiné à l'éclairer sur la portée exacte de ses droits. L'article 3 de la loi de 1897 prescrivait au juge d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration hors de la présence de son avocat. Il peut choisir un conseil et même s'en faire désigner un d'office. Cet avertissement devra figurer au procès-verbal de première comparution sous peine d'entraîner la nullité de l'acte et de la procédure subséquente.

En revanche, un tel formalisme n'a pas à être respecté pour la partie civile. Celle-ci peut se faire assister d'un conseil sans que le juge soit obligé de lui rappeler cette faculté. Le fait qu'une partie civile ait été entendue sans être assistée d'un avocat ne saurait donner lieu à une hypothèse de nullité.

C'est ce qu'a édicté la Cour de cassation par un arrêt du 12 juillet 1960 (115). Une partie civile avait été convoquée pour un interrogatoire. Elle déclare, alors, n'avoir pas choisi d'avocat. Ultérieurement, elle invoqua la nullité de la procédure parce qu'elle n'avait pas été entendue en présence de son avocat. La Cour de cassation rejeta cette prétention en estimant qu'en ne choisissant pas d'avocat, la partie civile avait entendu renoncer implicitement à son droit et que l'article 118 C.P.P. ne saurait trouver application lorsqu'aucun avocat n'a été choisi.

Ainsi la possibilité d'être assisté d'un avocat est une pure faculté que le juge n'a pas besoin de rappeler. Comme il n'est pas nécessaire de procéder selon un rite particulier pour la première audition de la partie civile, on conçoit que cet acte puisse être délégué à un officier de police judiciaire. Pour permettre, cependant, l'exercice de la faculté offerte par l'article 118 C.P.P. d'être entendue en présence de son avocat, la loi prévoit que l'audition de la partie civile par un officier de police judiciaire n'aura lieu qu'à sa demande. Tel est le sens de l'article 152 al. 2 C.P.P.

648. — Des avantages sont toutefois offerts à la partie civile qui se défend seule. A l'ouverture de l'instruction ou dès qu'elle se sera constituée, la partie civile pourra présenter ses observations sur le

choix du juge. L'article 84 al. 1 lui permet d'indiquer ses motifs au procureur de la République lequel décide de l'opportunité de saisir le président du tribunal d'une requête en dessaisissement du juge d'instruction.

En cours de procédure, toute demande de mise en liberté provisoire doit être communiquée à la partie civile. L'article 116 C.I.C. prévoyait que toute demande de cet ordre devait être notifiée à la partie civile à son domicile. La loi du 14 juillet 1865 qui réglementa à nouveau l'institution de la détention préventive fit passer cette prescription à l'article 118 C.I.C. et en outre mentionna le droit de la partie civile de présenter des observations écrites dans le délai de vingt-quatre heures. La loi du 7 février 1933 instaurant le principe de la détention à échéances, supprima le droit de communication à la partie civile. Cette disposition ne réapparut qu'avec le décret-loi du 18 novembre 1939.

Le Code de procédure pénale tout en posant le principe que la détention préventive est exceptionnelle n'a pas voulu tenir la partie civile à l'écart de toute demande de mise en liberté provisoire. L'article 141 al. 2 C.P.P. fait une obligation au juge d'instruction d'aviser par lettre recommandée la partie civile de toute demande présentée par l'inculpé.

En revanche, si le juge d'instruction décidait *proprio motu* ou sur les réquisitions du ministère public de mettre l'inculpé en liberté provisoire, aucun avis ne serait à fournir à la partie civile. Cet avis est destiné à mettre la partie civile à même de présenter toutes observations utiles. Pour lui permettre de répondre, l'article 141 al. 4 prescrit au juge de ne pas rendre son ordonnance avant l'écoulement d'un délai de quarante-huit heures suivant l'expédition de l'avis.

Il pourrait sembler que l'omission de cette formalité ne puisse entraîner aucune sanction puisque la demande doit être communiquée pour avis. Depuis la suppression de la voie de recours en cette matière par la loi du 26 juillet 1955, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la conséquence d'une telle négligence.

Par un arrêt du 8 décembre 1955 (116), la chambre criminelle reconnaissait que la partie civile pourrait exercer une voie de recours, en l'absence de tout texte, dans l'hypothèse où les dispositions de l'article 118 C.I.C. établies en sa faveur auraient été méconnues. Le 6 juin 1956 (117), la Cour de cassation devait considérer que l'absence de notification à la partie civile devait entraîner la nullité de la décision.

Il est permis de penser que la solution ainsi dégagée demeurerait applicable sous l'empire du C.P.P. qui ne précise pas la sanction de l'obligation.

(116) Crim., 8-12-1955, B. 557 ; J.C.P. 1956.II.9330, note Chambon.

(117) Crim., 6-6-1956, B. 440.

649. — La partie civile a aussi le droit de participer à la procédure de l'expertise. Tout d'abord, elle peut solliciter du juge cette mesure (art. 156 al. 1 C.P.P.). Si le juge n'estime pas devoir faire droit à cette demande, il rendra une ordonnance motivée.

En ce qui concerne les modalités d'exécution de l'expertise, la partie civile pourra intervenir. En principe, si l'expertise porte sur le fond de l'affaire, le juge doit désigner deux experts (art. 159 al. 1). Cependant, en raison de circonstances exceptionnelles il est possible de ne désigner qu'un seul expert. En ce cas, le juge doit prévenir les parties qui disposent d'un délai de quarante-huit heures pour présenter leurs observations. Le juge ne pourra prendre sa décision qu'à l'expiration de ce délai.

Une fois l'expertise achevée, le juge doit convoquer les parties intéressées pour leur donner connaissance des conclusions de l'expert (art. 167 C.P.P.). Un délai leur sera fixé au cours duquel il sera possible de présenter des remarques et, le cas échéant, de solliciter une contre-expertise ou un supplément d'expertise.

Il peut sembler que ce droit n'appartienne pas à la partie civile se défendant seule, car l'article 167 mentionne que le juge devra leur donner connaissance des conclusions dans les formes prévues aux articles 118 et 119, c'est-à-dire dans les formes prescrites pour les interrogatoires. A la vérité, cette solution ne peut être admise car l'article 167 n'assimile l'expertise aux auditions et interrogatoires qu'en ce qui concerne le mode de convocation des parties. Le texte de l'article 167 précise, d'ailleurs, « en la forme ». Si la partie civile a déclaré ne pas vouloir être assistée d'un avocat, elle devra, malgré tout, être convoquée, au moins quarante-huit heures à l'avance.

Pour tous les autres actes d'instruction, la partie civile ne disposera que d'un pouvoir de suggestion, sans que le juge soit même obligé de répondre à la requête. Si la partie civile a décidé de se faire assister d'un conseil, ses droits vont être un peu plus importants. Certes, elle ne pourra pas infléchir la marche de la procédure, mais elle sera tenue au courant des principaux actes juridictionnels du magistrat.

2. — *La participation de la partie civile à la procédure par l'intermédiaire de son conseil.*

650. — La partie civile qui désirera utiliser la faculté d'être assistée d'un conseil devra faire connaître, de manière explicite, qu'elle entend confier la défense de ses intérêts à telle personne (art. 117 C.P.P.). Telle était déjà la solution consacrée par la Cour de cassation sous l'empire du C.I.C.

Une partie civile avait fait élection de domicile en l'étude d'un avoué. Elle avait signifié cette formalité au juge d'instruction mais n'avait pas précisé qu'elle entendait choisir cet avoué comme conseil. Cependant, la partie civile entendait tirer un chef de nullité de ce que ses droits n'avaient pas été respectés puisque le juge n'avait pas donné avis de ses ordonnances juridictionnelles (art. 10 de la loi de 1897).

Par un arrêt du 17 décembre 1958 (118), la chambre criminelle a estimé que l'élection de domicile faite en l'étude d'un avoué n'impliquait pas, en elle-même, la désignation de cet avoué comme conseil pour l'assister dans la procédure et qu'il n'était pas, alors, nécessaire de lui donner avis des diverses ordonnances juridictionnelles prises par le juge d'instruction. Dès lors, la désignation de cet avoué n'avait pu servir à la partie civile qu'à se mettre en règle avec l'article 68 C.I.C. prescrivant l'élection de domicile au lieu du siège du tribunal.

Il est à remarquer la minutie avec laquelle la Cour de cassation s'est livrée à l'examen du dossier qui lui a permis de déceler que le prétendu conseil n'était intervenu à aucun moment dans la procédure. Notamment les divers mémoires et conclusions présentés au juge ne contenaient aucune indication d'un tel choix et étaient signés de la seule partie civile. C'est une position identique que révèle un arrêt du 15 décembre 1959 (119). Un avoué avait été commis par une partie civile en vue de régulariser son élection de domicile dans l'arrondissement où était menée l'information. La chambre criminelle a considéré qu'il n'avait pas la qualité de conseil au sens de la loi de 1897 et que le juge n'avait pas besoin de le convoquer aux interrogatoires de la partie civile.

Ce dernier arrêt, rendu après la mise en application du C.P.P., se référerait encore aux dispositions du C.I.C., mais il est permis de penser qu'une solution identique serait rendue relativement à l'application de l'article 117 C.P.P. Une telle conception est à approuver, car le juge ne doit pas être astreint à observer un formalisme minutieux lorsqu'il n'a pas été prévenu du choix d'un conseil.

651. — Mais si la partie civile a indiqué formellement son intention d'être assistée d'un conseil, le juge devra le prévenir chaque fois qu'il aura l'intention de procéder à son audition. Encore faudra-t-il qu'il s'agisse d'une véritable audition, c'est-à-dire d'un dialogue avec le juge d'instruction, dialogue proche d'un interrogatoire. C'est ainsi que par un arrêt du 17 février 1927 (120), la chambre criminelle a refusé de considérer comme audition au sens de la loi de 1921, l'opération qui a consisté avant toute information, à demander à la partie civile si elle maintenait sa plainte. En effet, il ne pouvait s'agir d'une véritable audition puisque le juge ne lui demandait pas de renseignements sur les faits, objet de l'instruction, mais tenait seulement à s'assurer de la réalité de ses intentions quant à la mise en marche de l'action publique. Aussi, dans ce cas, ne convenait-il pas de suivre le formalisme spécial des auditions.

En effet, la loi du 22 mars 1921 en autorisant la partie civile à être assistée d'un conseil a calqué les droits offerts à l'inculpé par la loi de 1897. Ainsi avant chaque audition, le conseil doit être convo-

(118) *Crim.*, 17-12-1958, D. 1959.416, note F.G.

(119) *Crim.*, 15-12-1959, B. 549.

(120) *Crim.*, 17- 2-1927, B. 58.

qué par lettre missive au moins vingt-quatre heures à l'avance (art. 9 de la loi de 1897). La circulaire ministérielle indiquait que cette formalité devrait être accomplie par lettre recommandée. Le Code de procédure pénale conserve cette formalité, en élargissant le délai de convocation. L'alinéa 2 de l'article 118 dispose à cet égard « Le conseil est convoqué par lettre recommandée adressée au plus tard l'avant-veille de l'interrogatoire ».

652. — Cette nouvelle prescription doit permettre au conseil de la partie civile de prendre plus utilement connaissance du dossier (121). La nouvelle procédure d'avertissement facilitera la tâche du conseil, puisque l'article 118 al. 3 C.P.P. précise que la procédure doit être mise à la disposition du conseil de la partie civile vingt-quatre heures au plus tard avant les auditions de cette dernière.

Si le juge procède à une seule audition, la procédure ne sera communiquée qu'une seule fois. A aucun autre moment le conseil ne pourra exiger la communication du dossier. Dans l'hypothèse de l'article 167 al. 1 le conseil ne pourra pas avoir accès au dossier, car la communication des résultats de l'expertise ne constitue pas une véritable audition de la partie civile. L'article 167 précise, à cet égard, que seule la convocation doit être effectuée en la forme de l'article 118, ce qui exclut l'application de toute autre règle. Mais si le conseil ne peut, à aucun autre moment, savoir ce que contient le dossier de la procédure, il saura cependant quels actes juridictionnels le juge a rendus.

653. — En effet, l'article 10 al. 2 de la loi de 1897 a été étendu par la loi du 22 mars 1921 : il doit être donné connaissance immédiate-ment de toute ordonnance du juge d'instruction par l'intermédiaire du greffier. La jurisprudence interpréta ce texte en considérant qu'il visait uniquement les ordonnances juridictionnelles (122). L'article 183 al. 1 C.P.P. consacre cette opinion.

Des controverses s'étaient élevées sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par « immédiatement ». On admettait généralement que ce terme signifiait que l'avis devait être adressé avant que le juge ne procède à aucun autre acte d'instruction. Le Code de procédure pénale supprime cette difficulté en précisant que la communication doit être faite dans les vingt-quatre heures, par lettre recommandée.

Pour assurer le respect de cette obligation, la loi l'avait assortie d'une nullité (art. 12 de la loi de 1897). Si la convocation du conseil et la mise à sa disposition de la procédure sont toujours des causes susceptibles d'entraîner la nullité (art. 170 al. 1 C.P.P.), il n'en est

(121) Selon la loi de 1921, le dossier de l'instruction devait être mis à la disposition du conseil la veille de tout interrogatoire. Mais convoqué la veille, il n'était averti de l'acte que le jour même de son exécution en sorte qu'il disposait de peu de temps pour étudier le dossier.

(122) Ainsi Crim., 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113. Voir aussi la circulaire du 10-12-1897.

pas de même de l'avis à donner de toute ordonnance juridictionnelle. En ce cas, il pourrait, toutefois, être fait application de l'article 172 s'il était possible d'invoquer la violation des droits de la défense.

Cependant, dans la mesure où les juridictions correctionnelles et de police peuvent constater des nullités, elles ont le droit de reconnaître les violations de l'article 170 ainsi que l'inobservation de l'article 183 al. 1. En d'autres termes, relativement aux pouvoirs de ces juridictions, la violation de l'article 183 est assimilée à une nullité textuelle (art. 174 C.P.P., rédaction du 4 juin 1960).

Ainsi, la violation de l'article 183 al. 1 peut être constatée par les juridictions correctionnelles et de police lorsque la chambre d'accusation n'a pas été saisie de la procédure. En réalité, la loi a entendu protéger les parties dans l'hypothèse où l'ordonnance de renvoi n'aurait pas été communiquée, et c'est la raison pour laquelle le régime n'est pas différent dans l'un et l'autre cas. Il est seulement permis de présumer une violation des droits de la défense quand le conseil n'a pas été avisé de l'ordonnance portant renvoi devant la juridiction de jugement.

654. — Cet avis des ordonnances juridictionnelles rendues par le juge d'instruction ne saurait suffire à induire que la partie civile possède un droit de critique à l'égard de tous ces actes. Lorsque le droit de critique est ouvert, en effet, la loi prescrit non pas l'avis mais la signification dans le délai de vingt-quatre heures. L'article 183, dans son alinéa 3, dispose « les ordonnances dont la partie civile peut aux termes de l'article 186 interjeter appel lui seront signifiées à la requête du ministère public dans les vingt-quatre heures ».

Par la voie de l'appel, la partie civile pourra saisir un degré supérieur de juridiction qui appréciera la régularité et le bien-fondé de la décision du juge. Les suggestions qui n'avaient pas été retenues par le juge d'instruction pourront être alors admises.

B. — LE DROIT D'APPEL DE LA PARTIE CIVILE (123).

655. — Pas plus que pour le ministère public, le Code de 1808 n'indiquait précisément les limites du droit de la partie civile. L'article 135 C.I.C. autorisait à critiquer l'ordonnance du juge prescrivant la mise en liberté de l'inculpé détenu. Ayant admis, de manière large, le droit d'appel du ministère public, la Cour de cassation adopta une position analogue en faveur de la partie civile. La loi du 17 juillet 1856 explicitait pleinement les attributions de la partie civile : elle peut faire appel des ordonnances rendues en matière de liberté provisoire (art. 114), d'incompétence (art. 539), de non-lieu et chaque fois que l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement devait emporter la mise en liberté. En outre, elle peut faire appel de toute ordonnance faisant grief à ses intérêts civils.

(123) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 556. DERRIDA, « Des voies de recours de la partie civile », *Rev. sc. crim.*, 1949, p. 309. BOUZAT et PINATEL, T. II, n°s 1323 et ss.

En ce qui concerne la mise en liberté provisoire, le droit d'appel a été supprimé par la loi du 26 juillet 1955. Estimant que la question de la mise en liberté de l'inculpé détenu ne pouvait être mise en échec par une partie qui recherche principalement la satisfaction de ses intérêts pécuniaires, cette loi supprima la faculté d'appel de la partie civile mais laissa subsister l'accomplissement de la communication de la demande présentée par l'inculpé. Le Code de procédure pénale consacre cette disposition. Il est même possible d'affirmer qu'il va jusqu'au bout de la logique du système en refusant désormais l'exercice de la contrainte par corps par la partie civile (124). Il pouvait paraître encore choquant que la partie civile ne soit plus intéressée à la mise en liberté d'un inculpé alors qu'elle pouvait ultérieurement disposer de sa personne en vue de l'exécution de la condamnation aux dommages-intérêts.

Le problème qui se pose alors, est de savoir dans quelle mesure le droit d'appel de la partie civile peut ressembler à celui du ministère public. Certes, l'article 135 C.I.C. présentait une énumération et il faudrait songer à une interprétation restrictive, mais le dernier membre de phrase invitait à un droit d'appel très large en permettant le recours contre toute « ordonnance faisant grief à ses intérêts civils ».

656. — D'une manière générale, la jurisprudence a été hostile à une extension de la notion de grief fait aux intérêts de la partie civile. Ainsi que le soulignait Leloir, admettre une notion extensive, ce serait reconnaître à la partie civile un droit égal à celui du ministère public. Il convient, dès lors, de limiter son intervention aux seuls cas prévus par les textes et d'interpréter restrictivement la formule vague de l'article 135 C.I.C.

Ainsi, la cour d'appel de Paris (125) pouvait décider que l'ordonnance de renvoi devant la juridiction correctionnelle ne lésait en rien les intérêts propres de la victime. En ce qui la concerne, la détermination exacte du préjudice subi relèvera de la connaissance de magistrats professionnels.

La Cour de cassation a admis une telle opinion. Dans un arrêt du 18 mai 1954 (126), elle affirme que la disposition finale de l'article 135 C.I.C. portant que la partie civile pourra interjeter appel de toute ordonnance faisant grief à ses intérêts civils ne se réfère qu'aux ordonnances portant un préjudice direct aux intérêts de la partie civile. Dès lors, ne possède pas ce caractère l'ordonnance de renvoi en police correctionnelle qui laisse intacts les intérêts de la partie

(124) Voir à cet égard les articles 749 à 762 du C.P.P. ; l'article 52 du C.P. a été abrogé par l'article 12 de l'ord. 60-529 du 4 juin 1960. (Voir Crim., 16 fév. 1960, D. 1960.243 ; J.C.P. 1960.II.11572.)

(125) Paris, 26-11-1901 ; D.P. 1902.2.269, note Leloir. Voir de même, Montpellier, 19 février 1962, G.P. 1962.II.43.

(126) Crim., 18-5-1954, B. 184. Voir déjà Crim., 5-2-1931, B. 31 et Crim., 6-1-1910, B. 4.

civile. A nouveau, cette position est révélée par un arrêt du 25 mai 1956 (127).

Dans ces conditions, il est permis de penser que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nîmes, le 29 avril 1912 (128), aurait encouru la critique de la chambre criminelle. Antérieurement à la loi de 1921, une partie civile avait sollicité du juge d'instruction la mise à sa disposition de la procédure. Estimant ne pas avoir besoin des conseils de la partie civile, le juge ne répondit pas à cette demande et clôtura sa procédure par une ordonnance de non-lieu. La partie civile avait le droit de faire appel de cette dernière ordonnance. Mais la Cour de Nîmes alla plus loin en estimant que l'appel devait s'entendre de l'ordonnance implicite de refus du juge de satisfaire à la demande de la partie civile. L'ordonnance de non-lieu fut donc annulée, comme rendue prématurément après le refus de communiquer à la partie civile la procédure, qu'elle avait sollicitée. M. Nast montrait que cette solution d'équité n'était pas fondée juridiquement. A ce moment, en effet, le conseil de la partie civile n'avait pas le droit d'être avisé des ordonnances juridictionnelles, parmi lesquelles figure l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la décision de clôture. Ainsi, la partie civile ne pouvait faire parvenir de suggestions avant la clôture de l'information.

Cette décision de la cour d'appel n'aurait pas manqué d'être casée par la chambre criminelle. Après l'intervention de la loi de 1921, une question analogue était posée. Une partie civile avait intenté un appel à l'encontre d'une ordonnance de soit-communiqué du juge d'instruction préalable à la clôture de l'information. Elle invoquait à l'appui de sa demande le fait que la clôture était prématurée et qu'elle pouvait porter grief à ses intérêts civils, car elle avait sollicité notamment un supplément d'expertise. La chambre criminelle rejeta le pourvoi en le déclarant irrecevable, car la clôture prématurée ne pouvait faire grief à ses intérêts de partie civile (129).

657. — En revanche, les intérêts de la partie civile pourraient se trouver mis en danger du fait de l'admission d'une autre partie civile. En effet, cette nouvelle partie dispose des droits attachés à cette qualité, ce qui lui permet d'intervenir dans la procédure. Aussi la Cour de cassation a-t-elle reconnu, par un arrêt du 4 mars 1932 (130), qu'une partie civile pouvait valablement appeler d'une ordonnance du juge accueillant une nouvelle partie civile.

Mais les intérêts civils de la victime ne peuvent être en péril par le seul fait du refus d'un acte d'instruction, ou de son exécution. « La

(127) Crim., 25-5-1956, B. 385. Voir aussi Crim., 1-12-1964; Bull. Crim., 1964, n° 318, p. 668.

(128) Nîmes, 29-4-1912; D.P. 1912.2.313, note Nast. Voir en effet pour une solution différente: Crim., 27 décembre 1963, J.C.P., 1964.II.13543, note Chambon.

(129) Crim., 27-2-1930; G.P. 1930.I.598.

(130) Crim., 4-3-1932, B. 63; D.P. 1933.I.127, note Leloir; G.P. 1932.I.817. Voir aussi pour une hypothèse analogue de contestation de partie civile (mais par l'inculpé) Crim., 18-4-1956, D. 1956.560.

partie civile est sans qualité pour requérir ou critiquer une mesure d'information légalement ordonnée par le juge dans le but unique d'arriver à la manifestation de la vérité, et prise dans les limites de ses attributions » (131).

658. — Le juge est donc libre de mener l'instruction comme il lui semble utile sans que la partie civile ne puisse s'immiscer dans l'exercice de l'action publique. Il en va différemment lorsque ses droits peuvent être atteints. Cela se produirait si le juge d'instruction reconnaissait que les faits déferés ne peuvent admettre aucune qualification pénale. De même à la suite d'une loi d'amnistie, un fait antérieurement punissable peut ne plus l'être. Il est évident que l'admission d'une loi d'amnistie entraîne un tort aux intérêts civils. La partie civile désormais devra recourir aux juridictions civiles pour obtenir la réparation de son dommage. Est-il possible qu'elle exerce une voie de recours ?

La Cour de cassation l'a estimé dans un arrêt du 4 octobre 1956 (132) : la partie civile peut utiliser la faculté offerte par l'article 135 C.I.C. pour interjeter appel d'une ordonnance du juge déclarant les faits poursuivis amnistiés.

De même, l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction refuse d'informer peut être attaquée par la partie civile. Saisi par la plainte de la partie civile, le juge est tenu d'informer. S'il refuse de le faire, cet acte est susceptible d'appel, lorsque les motifs du refus ne sont pas pertinents. La chambre criminelle a eu l'occasion de préciser ce point, notamment dans un arrêt du 5 novembre 1920 (133).

659. — Ainsi, sous l'empire du C.I.C., le droit d'appel de la partie civile n'est admis que lorsque les intérêts civils sont directement en cause. Tout ce qui a trait à la conduite de l'action publique lui est fermé. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 février 1953 (134), manifeste ce caractère. Une partie civile avait sollicité du juge d'instruction l'ouverture de scellés. Celui-ci refusa de faire droit à cette demande. La partie civile fit appel de cet acte en invoquant la lésion de ses intérêts civils. La chambre d'accusation déclara l'irrecevabilité de sa demande. La Cour, d'ailleurs, mit en avant un motif erroné en prétendant que seuls les actes à caractère juridictionnel pouvaient faire l'objet d'appel, tandis que les autres à caractère purement administratif ne pouvaient être l'objet d'aucun recours. En réalité, le motif véritable réside dans le fait que la partie civile ne peut nullement faire appel en dehors des hypothèses légales, qui tendent toutes à faire rester la partie civile dans son rôle de demandeur de dommages-intérêts. Le juge d'instruction demeure indépendant pour la conduite de

(131) Crim., 5- 8-1932, D.H. 1932.478 ; D.P. 1933.I.127, note Leloir, rendu à propos du supplément d'expertise.

(132) Crim., 4-10-1956, B. 610. V. aussi Crim., 3 mars 1954, Rec. Droit Pénal, 1954.287 pour la nomination d'un séquestre judiciaire.

(133) Crim., 5-11-1920, B. 422. De même Crim., 18-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 303, p. 639.

(134) Paris, 20-2-1953, D. 1954.48, note F.G.

l'affaire soumise à sa sagacité. D'ailleurs, la Cour de Paris indique nettement que la partie civile n'ayant jamais le droit de requérir un acte d'instruction déterminé ne peut attaquer les ordonnances qui s'y rapportent.

Les différents cas énumérés à l'article 135 al. 2 C.I.C. ne sont, en définitive, que des hypothèses particulières où les intérêts de la victime peuvent se trouver en échec. L'évolution jurisprudentielle témoigne de la volonté de ne pas étendre au-delà le droit d'appel. Mais l'évolution législative manifeste aussi ce courant. La loi du 26 juillet 1955 a supprimé le droit d'appel de la partie civile, à l'encontre des ordonnances statuant sur la mise en liberté de l'inculpé (135).

660. — Le Code de procédure pénale consacre ces diverses solutions. L'article 186 al. 2 dispose qu'en aucun cas, l'appel de la partie civile ne peut porter sur une ordonnance ou une disposition relative à la détention de l'inculpé. Comme sous l'empire du Code d'instruction criminelle, l'appel de la partie civile est admis à l'encontre des ordonnances statuant sur la compétence (art. 186 al. 3) ou des ordonnances de non-lieu (art. 186 al. 2). De même le droit d'appel est reconnu expressément en cas d'ordonnance portant refus d'informer. Ainsi, le Code de procédure pénale entérine la jurisprudence antérieurement rendue, sur la base du grief aux intérêts civils (136). Cette formule générale se retrouve également dans le texte de l'article 186 al. 2. Mais il nous faut reconnaître que la partie civile ne se trouve pas amenée à critiquer les actes d'instruction.

Il semble, cependant, qu'il existe un cas où la jurisprudence antérieure ne serait pas reprise : il s'agit de l'hypothèse de l'arrêt du 4 mars 1932, relativement à l'admission d'une autre partie civile. Le Code de procédure pénale connaît bien cette procédure puisqu'il en traite à l'article 87. Les différentes parties peuvent présenter leurs observations et le juge doit rendre une ordonnance motivée. Mais le droit d'appel n'est pas reconnu explicitement à la partie civile. Est-il possible de considérer que la solution jurisprudentielle serait maintenue ?

661. — Un doute s'élève. D'une part, et de manière très générale, le C.P.P. a toujours tenu à insérer les conceptions classiques de la jurisprudence (ainsi pour le refus d'informer). D'autre part, une raison particulière résulte de la comparaison avec le droit d'appel de l'inculpé. L'article 186 al. 1 reconnaît à ce dernier la faculté de faire appel de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 87, tandis qu'aucune

(135) Déjà, avant la loi de 1955, il avait été jugé que la partie civile ne pouvait s'opposer à la mise en liberté décidée d'accord par le juge et le Ministère public (art. 94, C.I.C.) ; Crim., 23-2-1934 ; D.H. 1934, p. 239. La loi de 1955 laisse subsister l'obligation d'aviser la partie civile (art. 118, C.I.C., devenu art. 142, C.P.P.).

(136) C'est par ce moyen que la Chambre criminelle a été amenée à statuer sur le point de savoir si la plainte assortie d'une constitution de partie civile pouvait ou non déclencher l'action publique : Crim., 8-12-1906, B. 443 ... 25-3-1947, B. 95. Voir *supra*, n° 605.

mention n'est faite pour la partie civile. Il est possible, dans ces conditions, d'affirmer que le juge d'instruction peut accueillir ou rejeter la demande d'une partie civile déjà constituée sans qu'elle soit autorisée à saisir la chambre d'accusation. En effet, la procédure menée devant le juge d'instruction est seulement préparatoire. En acceptant une nouvelle partie civile, le juge ne statue pas au fond et n'accorde pas un droit à obtenir une indemnité. Les autres parties civiles pourront toujours présenter leurs arguments devant la juridiction de jugement pour faire écarter l'intrus. Aucun grief n'est fait aux intérêts de la première partie civile dès l'instant que ses propres droits ne sont pas mis hors de cause. La personne qui a véritablement intérêt à ce qu'il y ait le moins de parties civiles, c'est assurément l'inculpé qui, outre la condamnation pénale aura à réparer les divers préjudices résultant de son acte.

Enfin, il est permis d'invoquer que le juge d'instruction n'a pas pour mission de départager les différents intérêts civils en cause. Institué pour préparer le dossier de l'affaire pénale, il n'a pas à procéder de manière inquisitoire pour déterminer le bien-fondé des droits des diverses parties civiles en cause. Ainsi que l'exprime l'article 10 al. 3 C.P.P. « l'action civile est soumise, à tous autres égards, aux règles du droit civil ». Ainsi la solution de l'arrêt de 1932 ne pourrait plus être admise actuellement, puisque l'appel ne paraît pas possible à la lumière des textes et des principes du C.P.P.

662. — En définitive, le droit d'appel reconnu à la partie civile concerne uniquement ses seuls intérêts civils : ainsi en cas de non-lieu ou de refus d'informer, l'appel est autorisé parce qu'il pourrait être mis fin à ses prétentions devant la juridiction répressive (137). De même, quand le juge déclare la demande irrecevable, l'appel est possible, car c'est la voie pénale qui est refusée à la victime (138). Tout ce qui a trait à l'exercice de l'action publique est interdit à la partie civile qui ne saurait critiquer le juge dans la conduite de l'information. Toutefois, le Code de procédure pénale admet un cas d'intervention pour un acte particulièrement importante : l'expertise.

La première rédaction du C.P.P. reconnaissait à la partie civile le droit d'attaquer la décision du juge refusant d'ordonner une expertise (art. 156) ou un supplément d'expertise ou une contre-expertise (art. 167). L'ordonnance du 4 juin 1960 ajoute un troisième cas de recours en matière d'expertise. En principe, deux experts doivent être désignés pour toute expertise relative au fond de l'affaire, mais l'article 159 C.P.P. autorise le juge à n'en désigner qu'un, en cas de circonstances exceptionnelles. Cette ordonnance doit être motivée et

(137) Ainsi pour le refus d'informer, voir Crim., 31-8-1960 ; C.P. 1961.I ; Tables, V^o Instruction criminelle, n^{os} 22 à 24 ; Crim., 18-11-1964 ; Bull. Crim., n^o 303, p. 639.

(138) Voir déjà Crim., 7-4-1932 ; S. 1934.I.274 (et la note HUGUENEY sous Crim., 11-12-1931 ; S. 1934.I.273). Et à nouveau Crim., 9-2-1961, B. 83 ; D. 1961.306 ; J.C.P. 1961.II.12004.

est susceptible de voie de recours de la part de la partie civile (art. 186 al. 3 nouveau). L'expertise est le seul acte d'instruction qui puisse faire l'objet d'une voie de recours émanant de la victime de l'infraction. Cette exception se trouve fondée sur le fait que cet acte essentiel ne peut être recommencé. Aussi pour éviter toute discussion ultérieure, il a paru opportun d'admettre que la contradiction puisse être faite au moment même de l'exécution de cette mesure, ce qui évitera toute contestation.

Ainsi, les droits de la partie civile sont-ils véritablement limités aux motifs de son action : les intérêts civils (138 *bis*). Le juge d'instruction chargé de l'action publique est souverain pour la conduite de l'information. Les sollicitations de la partie civile ne peuvent l'amener à exécuter un acte contraire à ce que lui dicte sa conscience. Cette indépendance du juge d'instruction se manifeste également relativement à l'inculpé.

SECTION III

LA SITUATION DE L'INCULPÉ

663. — Dans le système institué par le Code de 1808, l'inculpé n'occupe guère de place. Il n'est traité, en effet, que des moyens destinés à obtenir la comparution de ce personnage contre qui l'instruction est menée : les mandats forment un chapitre particulier. Cependant, s'il est question d'interrogatoire, aucune règle n'indique comment il doit y être procédé. On eut, alors, recours à la procédure utilisée pour entendre les témoins, c'est-à-dire que l'interrogatoire est mené par le juge, dans son cabinet, en la seule présence du greffier, chargé de rédiger le procès-verbal.

Après la promulgation du C.I.C., on se demandait si l'inculpé pouvait être assisté d'un conseil. Puisque la loi n'avait rien réglementé, on rechercha parmi les dispositions relatives à l'interrogatoire, contenues dans la grande ordonnance de 1670. La présence de conseils y était prohibée. Faustin Hélie montrait, en effet, que l'inculpé doit être seul avec le juge pour que la manifestation de la vérité soit mieux assurée : il ne doit être influencé d'aucune manière par son conseil. Cependant, toujours libéral, Faustin Hélie estimait que le juge devait aviser l'inculpé des documents contenus dans le dossier pour qu'il puisse s'en expliquer (139).

664. — Il refuse, toutefois, au magistrat la possibilité d'utiliser des artifices et des ruses pour parvenir à l'aveu de l'inculpé. Cela se

(138 *bis*) Voir de manière nette : Crim., 1-12-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 318, p. 668.

(139) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1925 et 1927.

conçoit, en effet, depuis l'abolition du système des preuves légales. Auparavant, l'aveu était le couronnement et le parachèvement de l'enquête qui permettait d'entraîner une condamnation certaine. En l'absence d'aveu, il fallait plusieurs séries d'indices pour tenir lieu de preuve. Ces éléments autorisaient aussi la mise à la question. Avec le C.I.C., la preuve morale est seule admise. Aussi importe-t-il peu d'obtenir l'aveu de l'inculpé et le magistrat ne doit pas s'abaisser à des artifices coupables; il doit conserver de la dignité dans la conduite de l'information (140).

C'est d'ailleurs ce qu'a admis la Cour de cassation, statuant en tant que Conseil supérieur de la magistrature dans la célèbre affaire Wilson où le juge d'instruction avait utilisé un subterfuge pour démasquer l'inculpé. La Cour de cassation a estimé qu'une telle procédure était contraire à la dignité du juge d'instruction qui doit agir à visage découvert et ne pas utiliser de procédés déloyaux (141).

Cette attitude est rappelée dans l'affaire Imbert du 12 juin 1952 (142). La chambre criminelle censura l'attitude d'officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire. Il est affirmé que ceux-ci disposent des mêmes attributions que les juges d'instruction et qu'ils sont soumis aux mêmes devoirs. Il ne peuvent agir déloyalement.

665. — D'autre part, l'inculpé ne doit pas être placé dans une position trop défavorable : aussi le serment ne lui est pas imposé. L'astreindre au serment conduirait soit à supprimer toute liberté à la défense, soit à contraindre l'inculpé au faux témoignage. Aussi l'interrogatoire de l'inculpé est effectué sans prestation de serment. Si le juge, cependant, passait outre à cette interdiction, la procédure serait annulée. Tel était le cas dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 6 janvier 1923 (143), où la procédure fut annulée, car il s'agit d'une nullité d'ordre public à laquelle l'inculpé ne pourrait renoncer. Cette interdiction de l'interrogatoire sous serment pourrait, peut-être, être invoquée pour rejeter tous les procédés de « sérum de vérité » (144). En dehors de l'incertitude scientifique de cette méthode d'investigation et de l'atteinte à l'intégrité de la personne (145), il nous semble,

(140) Voir BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges Hugueney*, p. 155, et les nombreuses références citées par cet auteur.

(141) Chambres réunies 31-1-1888 ; S. 1889.I.241. Dans cette affaire, le juge d'instruction avait imité au téléphone la voix d'un comparse afin de démasquer l'inculpé principal. Voir aussi *supra*, n°s 513 et 514 et les réf. citées.

(142) *Crim.*, 12-6-1952, B. 153 ; J.C.P. 1952.II.7241, note Brouchet.

(143) *Crim.*, 6-1-1923, B. 7 ; D.P. 1924.I.175.

(144) Sur ces problèmes, voir STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n°s 257 et 317, et les références citées ; de même VOUIN et LEAUTÉ, p. 412. *Adde* VOUIN, D. 1949, chr. 101. GRAVEN, *Rev. sc. crim.*, 1950, p. 313. HEUYER, *Rev. sc. Crim.*, 1950, p. 7. FAUCHER, *Rev. pén.*, 1950, pp. 3 et 549.

(145) L'atteinte à la personne ne peut être considérée comme particulièrement grave puisque le juge a la possibilité de priver une personne de sa liberté, ou même de faire des perquisitions. Aussi cet argument ne tiendrait pas à une véritable critique.

en effet, que ce procédé consacrerait le serment de l'inculpé qui serait contraint de dire la vérité sans pouvoir la cacher.

L'interrogatoire est, de plus, le seul acte obligatoire de toute l'information. Dès un arrêt du 16 novembre 1849 (146), la Cour de cassation affirme que l'interrogatoire du prévenu est non seulement un moyen d'information mais aussi un moyen de défense. A ce titre, il constitue une formalité essentielle de la procédure d'instruction (147).

666. — Mais là se résument les droits accordés à l'inculpé : il s'agit beaucoup plus de devoirs pour le juge que de droits assortis de sanctions. L'inculpé ne peut avoir aucune connaissance du dossier ni se faire assister d'un avocat. Le magistrat instructeur est pleinement indépendant pour informer à sa guise. L'inculpé dispose seulement d'un droit d'appel très limité par l'article 135 C.I.C. Le C.I.C. de 1808 n'avait absolument rien indiqué à cet égard et la jurisprudence avait dû reconnaître l'appel en matière de liberté provisoire et d'incompétence. La loi du 17 juillet 1856 consacra seulement ces deux hypothèses.

Aussi, les différents projets de réforme du C.I.C. ont toujours mis l'accent sur la situation de l'inculpé. Isolé de tous, sans moyen de défense, il paraît un jouet entre les mains du juge d'instruction : sa liberté et sa dignité d'homme dépendent de lui. Le projet gouvernemental de 1879 voulait, en introduisant une procédure d'instruction contradictoire, lui faire une place beaucoup plus grande. Si ce projet — peut-être exagéré sur certains points — n'a pas vu le jour, il en est cependant résulté une incidence heureuse sur la législation criminelle puisque ce texte est à l'origine de la loi du 8 décembre 1897. Désormais, l'inculpé bénéficiera de garanties nouvelles.

Les différentes innovations ont, dans l'ensemble, été assez bien accueillies par les juges qui ont veillé à leur observation. Ainsi l'inculpé peut être assisté d'un conseil dès le premier interrogatoire. De plus, la communication du dossier sera faite au conseil avant tout nouvel interrogatoire, et il sera avisé de toute ordonnance du juge. L'inculpé aura une certaine connaissance du dossier et il saura quand l'information sera clôturée puisque, au terme d'une jurisprudence constante, l'ordonnance de soit-communiqué préalable au réquisitoire définitif du procureur de la République doit être considérée comme une ordonnance juridictionnelle.

Dès lors, les droits reconnus à l'inculpé sont différents de ce qu'ils étaient sous l'empire du C.I.C. de 1808. Mais avant de déterminer le contenu de ces droits, il importe de rechercher qui est le bénéficiaire de ces avantages. En d'autres termes, il convient de définir l'inculpé avant d'envisager les avantages attachés à cette qualité.

(146) Crim., 16-11-1849, B. 303.

(147) Ainsi Crim., 21-3-1873, D.P. 1873.I.224 ; Crim., 8-4-1892 ; D.P. 1893.I.302 ; Crim., 11-7-1902 ; D.P. 1906.I.535 ; Crim., 12-9-1912, B. 480 ; D.P. 1914.I.146. Voir *supra*, n° 513.

§ 1. — La notion d'inculpé (148).

667. — Aucun texte légal ne fournit la définition de l'inculpé. Le Code d'instruction criminelle, d'ailleurs, confondait l'inculpé et le prévenu. Avec le C.P.P., les termes sont bien définis : l'inculpé est celui qui fait l'objet d'une instruction en cours, tandis que le prévenu est la personne renvoyée devant un tribunal de police ou un tribunal correctionnel en attendant le jugement. L'accusé, en revanche, est la personne renvoyée par la chambre d'accusation devant la cour d'assises.

Si, désormais, aucune équivoque n'existe du point de vue de la terminologie, le délicat problème de l'inculpation demeure. L'inculpation, c'est le fait, pour le juge, de déclarer à quelqu'un qu'il instruit contre lui sur tel ou tel fait constitutif d'une infraction à la loi pénale. Deux problèmes se posent alors : celui de savoir quelles personnes le juge peut inculper et celui de déterminer le moment auquel l'inculpation doit intervenir.

A. — QUI LE JUGE D'INSTRUCTION PEUT-IL INCULPER ?

668. — Deux situations peuvent se présenter : ou bien l'information a été ouverte contre personne dénommée ou bien il est informé contre toutes personnes que l'instruction fera connaître.

Dans la première hypothèse, le juge d'instruction saisi par le réquisitoire introductif du ministère public ne dispose d'aucune faculté. Il est tenu d'inculper à sa première audition la personne nommément visée au réquisitoire. Il est impossible de l'entendre à un autre titre notamment comme témoin. C'est ce qu'a rappelé un arrêt de la chambre criminelle du 10 avril 1959 (149).

A la suite d'une plainte de l'Administration des douanes, le procureur de la République requit l'ouverture de l'information contre personnes dénommées. Le juge délégua ses pouvoirs pour procéder à toutes auditions de témoins à un commissaire de police. Ce dernier fut amené à entendre sous la foi du serment une des personnes visées au réquisitoire introductif. S'étant aperçu de la nullité de l'acte, le juge demanda à la chambre d'accusation de la prononcer. La Cour de cassation approuva la décision de cette juridiction en constatant que l'article 90 C.I.C. interdisait aux officiers de police judiciaire de procéder à des interrogatoires, que l'article 9 de la loi de 1897 avait été violé, et enfin, qu'il était de principe que le serment ne peut être déferé à l'inculpé.

Par là même, il est possible d'affirmer que le seul fait d'être visé par un réquisitoire introductif établit une inculpation latente qui deviendra effective lorsque le magistrat sollicitera le concours de cette

(148) Voir MERLE, « L'inculpation », in *Mélanges Hugueney*, p. 111.

(149) *Crim.*, 10-4-1959, B. 205. Voir une hypothèse analogue, *Riom*, 23-11-1960 ; *J.C.P.* 1961.II.11952, note Chambon.

personne pour parfaire l'instruction. Cette personne ne peut être considérée comme témoin ni par le juge ni par un officier de police judiciaire (150).

C'est d'ailleurs ce qu'exprime incidemment un arrêt du 6 juillet 1960 (151). Une personne avait été visée, dans une plainte assortie d'une constitution de partie civile, mais le procureur de la République avait requis l'ouverture de l'information contre X... Dans ces conditions, la chambre criminelle considère que cette personne ne peut utiliser les droits réservés par la loi à l'inculpé, tant que le juge n'a pas manifesté son intention de la traiter comme tel, en l'absence de tout réquisitoire contre personne dénommée.

669. — Le juge d'instruction est tenu d'inculper les personnes nommément visées par le réquisitoire. Mais saisi *in rem*, il peut aussi inculper de nouvelles personnes. A ce moment tout se passe comme s'il était saisi d'une information contre personne non dénommée.

L'instruction est ouverte contre X..., soit par suite de l'indétermination de l'auteur de l'infraction, soit parce que le ministère public a estimé la plainte de la victime insuffisamment fondée (art. 86 al. 4 C.P.P., ancien art. 70 al. 2 C.I.C. résultant de la loi du 2 juillet 1931).

Le juge d'instruction est saisi du fait et a la faculté d'inculper toutes personnes ayant participé à ce fait. C'est d'ailleurs ce qu'a admis un arrêt de la chambre criminelle du 24 juin 1922 (152). Requis par le Parquet d'informer sur une infraction déterminée, le juge a qualité pour instruire à l'égard de tous les auteurs ou complices de ladite infraction alors même qu'ils n'auraient pas été nommément désignés dans le réquisitoire. Cette solution traditionnelle figure, à nouveau, dans un arrêt du 13 mai 1958 (153), dans une affaire ouverte contre X... où il était soutenu qu'aucun réquisitoire supplétif n'avait été fourni par le procureur de la République. Mais la chambre criminelle rejeta cette prétention.

De nouvelles réquisitions ne sont donc pas nécessaires, encore que le juge puisse les solliciter (154). Une solution analogue est admise lorsque la saisine du juge émane de la partie civile (155). Le juge détermine lui-même les personnes qui doivent être inculpées en le leur signifiant au moment de les entendre. Mais le juge n'est nullement obligé d'entendre ces personnes avant de rendre une ordonnance de non-lieu, s'il estime que la culpabilité doit être exclue (156).

(150) M. CHAMBON avait soutenu — naguère — que le juge n'était pas tenu d'inculper une personne nommément visée au réquisitoire (J.C.P. 1953.I.1075) mais il est revenu sur cette conception (J.C.P. 1960.II.11758).

(151) Crim., 6-7-1960, B. 359 ; J.C.P. 1960.II.11758, note Chambon.

(152) Crim., 24-6-1922, B. 227 ; S. 1923.I.44 (Voir déjà Douai, 3-6-1874, S. 1875.2.1, note P. Cauwes).

(153) Crim., 13-5-1958, B. 374 (cf. aussi Crim., 25-2-1942 ; D.A. 1942.84).

(154) En ce sens : Crim., 23-6-1938, B. 160.

(155) Crim., 28-5-1925 ; D.P. 1926.I.121, note Leloir.

(156) C'est la solution qui résulte directement d'un arrêt rendu le 27 décembre 1963 par la Cour de cassation (J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon). Le juge

670. — Il est toutefois une personne qui peut exiger d'être entendue en tant qu'inculpée, bien qu'elle ne soit pas mentionnée au réquisitoire introductif d'instance : il s'agit de la personne visée par une plainte (art. 104 C.P.P.).

Dans l'hypothèse où l'instruction est ouverte à la suite d'une plainte contre personne désignée, alors que le procureur a estimé l'ouverture provisoire contre X..., le juge peut entendre, comme témoin, cette personne. Mais il pourrait arriver que des charges se révèlent ultérieurement, et cette personne entendue comme témoin sous la foi du serment serait privée d'une partie des garanties attachées à la qualité d'inculpé.

Dans le dessein de limiter ce risque, les auteurs du C.P.P. ont inséré un article 104 aux termes duquel « Toute personne visée par une plainte, peut refuser d'être entendue comme témoin. Le juge d'instruction l'en avertit après lui avoir donné connaissance de la plainte. Mention en est faite au procès-verbal. En cas de refus, il ne peut l'entendre que comme inculpée ».

Les ordonnances du 23 décembre 1958, puis du 4 juin 1960, sont venues préciser quelles personnes pouvaient se prévaloir de ce droit et de quelle catégorie de plainte il devait s'agir. Toute personne visée par une plainte ne peut invoquer ce texte mais uniquement celle dont le nom est précisé dans le corps de la plainte. Sans cette limitation, il aurait été facile de prétendre que toute plainte visait telle personne, et le juge, contraint d'inculper, aurait été gêné dans ses recherches, et l'action de la justice n'aurait pas été facilitée.

Depuis le 4 juin 1960, la plainte doit être assortie d'une constitution de partie civile. La loi a voulu, en contrepartie de cette formalité, que soit établi le sérieux de la demande. Un simple soupçon ne saurait suffire à entraîner la mise en œuvre de l'article 104.

Cependant, cette formalité ne devra être exécutée que lorsque le juge décidera de procéder à l'audition de cette personne (157). Celle-ci ne peut d'elle-même invoquer la protection de la justice et solliciter son inculpation. Tel est le sens de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 6 juillet 1960 (158), qui refuse à une personne nominativement désignée la possibilité d'agir comme inculpé alors que le juge n'a pas encore cru opportun de l'entendre.

671. — Mais si le juge est tenu d'indiquer à cette personne qu'elle peut n'être entendue qu'à titre d'inculpé sur sa demande, la loi n'a prévu aucune sanction. Cette situation pouvait paraître surprenante dans le premier état du Code, car l'audition en qualité de témoin peut être considérée comme une hypothèse particulière d'inculpation tardive. Or, l'article 105 prévoyait la nullité de l'acte en cette matière. Depuis la suppression de cette mention par l'ordonnance du 13 février

n'est pas tenu d'inculper ni d'interroger la personne visée dans l'acte de poursuite. (Il n'est pas précisé s'il s'agit d'un réquisitoire ou d'une plainte de la victime.)

(157) Voir en ce sens, Dijon, 6 février 1964, G.P. 1964.I.456.

(158) Crim., 6-7-1960, B. 359 ; J.C.P. 1960.II.11758, note Chambon.

1960, les deux cas sont assimilés. Il convient, alors, d'approuver la décision de la cour d'appel d'Agen du 30 novembre 1961 (159) qui a admis une violation des droits de la défense pour non-respect des formalités de l'article 104. En l'espèce, il s'agissait d'un constat d'adultère dressé par un officier de police judiciaire, qui ne contenait pas la mention de l'avertissement prévu. Au surplus, certaines énonciations de l'acte prouvaient que l'inculpé avait été questionné.

Une telle solution est à approuver, car il ne convient pas que les garanties offertes par la loi soient tournées impunément. De la même manière, la violation de l'article 105 C.P.P. doit entraîner une sanction.

B. — LA DÉTERMINATION DU MOMENT DE L'INCUPLATION (160).

672. — Cette question ne pouvait se poser sous l'empire du C.I.C., puisque aucun intérêt ne s'attachait à la distinction du témoin et de l'inculpé libre. Tous deux pouvaient être contraints de comparaître devant le juge d'instruction lorsqu'ils ne déféraient pas à sa convocation. Le Code, d'ailleurs, n'avait pas réglementé l'interrogatoire. Seul, l'article 93 C.I.C. déterminait le moment matériel auquel cet acte doit avoir lieu. La réforme introduite par la loi du 8 décembre 1897 a seulement porté sur cette question. En revanche, le Code de procédure pénale, outre les règles de cet ordre, comporte des dispositions relatives au moment intellectuel à partir duquel un juge doit inculper une personne. C'est alors la question des inculpations tardives qui se trouve abordée.

1. — *Le moment matériel de l'inculpation.*

673. — L'article 93 C.I.C. disposait que l'interrogatoire devait avoir lieu de suite lorsque l'inculpé était convoqué par mandat de comparution, tandis que le juge disposait d'un délai de vingt-quatre heures dans l'hypothèse de la délivrance d'un mandat d'amener.

Déjà, la jurisprudence avait considéré que ces délais n'étaient pas substantiels. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1887 (161), affirme que les délais dans lesquels le prévenu doit être interrogé par le juge d'instruction aux termes de l'article 93 C.I.C. ne sont pas prescrits à peine de nullité. En quelque sorte, c'était leur reconnaître le rôle de simples conseils.

La loi du 8 décembre 1897 modifia l'article 93. Pour le mandat de comparution, aucun changement n'est apporté; mais il n'en va pas de même pour le mandat d'amener. Si l'interrogatoire doit toujours avoir lieu dans le délai de vingt-quatre heures après l'entrée dans la maison d'arrêt ou de dépôt, une sanction est attachée à cette obligation. A

(159) Agen, 30-11-1961 ; J.C.P. 1962.IV.39.

(160) Voir la thèse de M. WEILL, « L'information ouverte contre X... au regard de la fonction judiciaire du juge d'instruction », Bordeaux, 1956. MERLE, « L'inculpation », in *Mélanges Huguenev*, p. 111.

(161) Crim., 16-7-1887, B. 273.

l'expiration du délai, l'inculpé doit être conduit d'office devant le procureur de la République qui requerra du juge d'instruction l'interrogatoire. En cas d'empêchement du juge, l'interrogatoire sera effectué par le président du tribunal ou tout autre magistrat délégué à cet effet. S'il était impossible de trouver un magistrat pour interroger, le procureur de la République devrait prescrire la mise en liberté immédiate de l'inculpé (162).

Pour que cette disposition soit réellement appliquée, la loi a fulminé les sanctions sévères de la détention arbitraire (art. 119 et 120 du Code pénal), en plus de l'amende contre le greffier et des injonctions aux magistrats prévues à l'article 112 C.I.C. La jurisprudence a d'ailleurs observé ces dispositions. Deux arrêts de la chambre criminelle indiquent que si l'interrogatoire doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures en cas de mandat d'amener, aucune règle n'existe lorsque le prévenu est libre (163).

674. — Cependant, il est arrivé que la règle légale n'ait pas été observée. Il convient alors de se demander si l'acte accompli au-delà de la période de vingt-quatre heures est valable ou non. La Cour de cassation eut l'occasion de se prononcer à ce sujet le 4 juin 1910 (164). Un inculpé avait été incarcéré mais il n'avait pas subi l'interrogatoire dans le temps prescrit. Examinant de manière attentive le texte de la loi de 1897, la Cour de cassation remarqua que cette disposition ne faisait pas l'objet d'une nullité textuelle, aussi put-elle en déduire qu'aucune nullité n'entachait l'acte accompli après l'expiration du délai légal. Certes, cela n'exclut pas les poursuites possibles sur la base de la détention arbitraire. Une conception analogue est admise sur la base des textes du Code de procédure pénale. La Cour de cassation a, en effet, jugé que les irrégularités relatives aux conditions d'exécution de la garde à vue n'étaient pas susceptibles d'avoir des incidences sur les actes eux-mêmes, qu'en ce cas la responsabilité personnelle des fonctionnaires devait être mise en cause (165). De même, les irrégularités concernant le maintien d'un individu en état de détention préventive ne peuvent affecter la procédure d'instruction proprement dite (166).

Ainsi, la Cour de cassation maintient la distinction entre l'acte et les obligations dévolues au magistrat chargé de l'accomplir. Le Code de procédure pénale a, en effet, conservé les diverses prescriptions du Code d'instruction criminelle, sauf en ce qui concerne le mandat d'arrêt. Cet acte demeurerait à l'écart de toute réglementation sous

(162) En ce sens, il est permis d'affirmer que le Procureur de la République est le gardien des libertés individuelles.

(163) *Crim.*, 11-5-1900, B. 177 et *Crim.*, 6-7-1905, B. 336.

(164) *Crim.*, 4-6-1910, B. 294.

(165) Ainsi *Crim.*, 17-3-1960, B. 156 et *Crim.*, 27-12-1960, B. 622. Voir la note Chambon, *J.C.P.* 1960.II.11641.

(166) Ainsi *Crim.*, 4-5-1961, B. 237. Cette solution est contestable dans la mesure où la détention a été le moyen direct qui a permis l'exécution de l'acte. Voir encore *Crim.*, 4 juin 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 192, p. 413.

l'empire du C.I.C. Ainsi que l'écrit M. Chambon (167), l'inculpé arrêté en vertu de ce mandat n'était soumis à l'interrogatoire qu'au moment estimé favorable par le juge d'instruction. Le C.P.P. a modifié cet état de choses.

675. — L'article 122 C.P.P. précise dans quelles conditions devront intervenir les différents mandats. Comme par le passé, le juge doit procéder à l'interrogatoire immédiat de la personne qui fait l'objet d'un mandat de comparution (art. 125 al. 1 C.P.P.). Il en est de même pour celle qui fait l'objet d'un mandat d'amener. Toutefois, si le juge ne peut l'entendre immédiatement, elle pourra être détenue pendant une période de vingt-quatre heures (art. 125 al. 2 et 3 C.P.P.).

Le non-respect de ce délai pourra faire encourir à ceux qui ont ordonné ou sciemment toléré cette détention, des poursuites pour détention arbitraire (application des art. 119 et 120 du Code pénal prévue par l'art. 126 C.P.P.).

Ce délai de 24 heures est porté à 48 heures si l'individu est arrêté en vertu d'un mandat d'arrêt. L'article 133 C.P.P. dispose, à cet égard : « Dans les 48 heures de l'incarcération de l'inculpé, il est procédé à son interrogatoire. A défaut et à l'expiration de ce délai, les dispositions des articles 125 al. 3 et 126 sont applicables ». Il s'agit là d'une disposition nouvelle du C.P.P. destinée à mieux garantir la liberté des individus.

Le mandat d'arrêt ne produit effet que durant les 48 heures suivant l'arrestation de l'inculpé. Sur tous les autres points, le rapprochement est fait avec le mandat d'amener, seul diffère le délai de garde autorisée (168). De cette manière, le C.P.P. a voulu que la personne arrêtée connaisse au plus tôt les motifs de cette grave décision.

Une précision est, donc, apportée par le C.P.P. sur le moment matériel auquel doit être faite l'inculpation. Il innove beaucoup plus en essayant de déterminer le moment intellectuel de l'inculpation.

2. — Le moment « intellectuel » de l'inculpation.

676. — Ce moment est très difficile à préciser, et cependant, il a fait l'objet d'une jurisprudence importante. Il constitue, en effet, le point capital de l'instruction préparatoire. A quoi sert de développer à l'extrême les garanties offertes à l'inculpé s'il est possible de les éluder en laissant arbitrairement et sans contrôle le point de savoir qui doit être considéré comme inculpé.

Cette hypothèse ne peut, d'ailleurs, se présenter que lorsque le juge est saisi d'une affaire imputée à un inconnu. Le magistrat doit pouvoir orienter ses recherches et acquérir une certitude avant d'incul-

(167) CHAMBON note sous Alger, 17-2-1961 ; J.C.P. 1961.II.12055.

(168) Désormais, il est possible de se demander si le mandat d'arrêt possède une autonomie propre, avec des effets autres que ceux du mandat d'amener. Cf. *supra*, n^{os} 132-133.

per. Il n'est pas possible d'accabler une personne sur des soupçons vagues qui s'avèreraient sans fondement par la suite (169).

Ce problème aurait pu apparaître dès la mise en application du Code d'instruction criminelle, où le fait d'être interrogé sous serment en tant que témoin pouvait nuire à la défense. Aucune espèce ne révèle cette cause d'annulation. L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 devait, en revanche, poser cette question. Dès l'instant que le statut de l'inculpé comporte de nombreuses dispositions protectrices, il importe de ne pas retarder le moment de l'inculpation, afin de ne pas le priver de ses droits.

Les deux intérêts traditionnels de la procédure pénale se confrontent alors : d'un côté les droits accordés à l'individu doivent être respectés, mais d'un autre, l'excès de formalisme ne doit pas gêner l'action répressive et entraver le cours de la justice. La position de la jurisprudence jusqu'à l'intervention du Code de procédure pénale va osciller entre ces deux intérêts. Partie de la considération de l'intérêt social, elle en vint aussi à reconnaître l'intérêt individuel.

677. — Il ne fait pas de doute, tout d'abord, que le juge d'instruction peut, après avoir entendu un témoin, l'interroger à titre d'inculpé. Saisi par le réquisitoire introductif d'un fait délictueux dont l'auteur est demeuré inconnu, le juge d'instruction a pour mission de parvenir à en découvrir les auteurs et établir le lien de causalité entre eux et les faits (imputabilité) (170).

La première jurisprudence des Cours et Tribunaux s'est établie en ce sens (171), et la Cour de cassation a confirmé ce point de vue, dans un arrêt du 28 juillet 1899 (172), précisant qu'aucune disposition légale n'interdit au magistrat instructeur d'interroger, à titre d'inculpé, le témoin précédemment entendu sous la foi du serment.

Le problème de l'inculpation tardive va, alors, se poser. Pour la première fois, une semblable affaire est révélée par l'arrêt de la chambre criminelle du 8 décembre 1899 (173).

(169) Voir pour la confirmation de ce point de vue : Crim., 27 décembre 1963, J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon.

(170) A notre avis, et suivant en cela l'opinion exprimée par M. VOUIN (J.C.P. 1954.II.8351), le juge d'instruction ne pourrait pas interroger comme témoin une personne désignée nominativement dans un réquisitoire introductif. M. CHAMBON (« L'instruction contradictoire et la jurisprudence », p. 44) prétend le contraire en se fondant sur l'indépendance du juge à l'égard du Ministère public. Nous estimons cette opinion inexacte. Nous avons montré que le juge est saisi de manière accusatoire d'un fait. En requerrant contre un individu déterminé, le Ministère public se fait véritablement accusateur public et le juge doit vérifier le bien-fondé des prétentions. Par mesure de précaution, cette personne doit être considérée comme inculpée.

(171) Ainsi : Seine, 24-6-1898, J. des Parquets, 1898.2.92 ; Aix, 9-12-1898 ; France judiciaire, 1899.2.199 ; Paris, 3-1-1899 ; France Judiciaire, 1899.2.29 ; Douai, 12-5-1899 ; J. des Parquets, 1899.2.155 ; Rouen, 25-1-1900 ; France Judiciaire, 1900.2.173.

(172) Crim., 28-7-1899, B. 231 ; France Judiciaire, 1899.2.442.

(173) Crim., 8-12-1899, B. 356 ; D.P. 1903.I.457, note Le Poittevin.

Un juge d'instruction était saisi par un réquisitoire visant une personne et toutes autres du chef d'escroquerie. Il avait alors été amené à interroger une autre personne, comme témoin. Après avoir procédé à plusieurs interrogatoires, le juge décida de l'inculper. Il fut invoqué que les auditions précédentes avaient été effectuées à titre de témoin. La chambre d'accusation de Paris rejeta cette prétention, par arrêt du 3 janvier 1899. La Cour de cassation estima qu'avant de procéder à l'inculpation, « il était du devoir du magistrat de recueillir des renseignements... et de ne prendre parti sur la mise en prévention qu'après s'être fait une opinion sur la participation aux faits délictueux relevés dans le réquisitoire ». Dès lors, les moyens utilisés relèvent uniquement de la conscience et de la responsabilité du juge (174).

Cette prise de position était nécessaire car il ne peut être exigé du juge qu'il discerne au premier abord le vrai témoin du futur inculpé. La tentation aurait pu être grande pour un magistrat de retarder le moment de l'inculpation pour se dispenser du formalisme minutieux de la loi de 1897. Une telle crainte n'était, du reste, pas vaine. La Cour de cassation avait donné l'exemple d'une interprétation restrictive de cette loi, qui aurait pu aboutir à une véritable paralysie du texte. Les juges d'instruction auraient pu chercher à retarder volontairement le moment de l'inculpation. Une précision était nécessaire : elle fut fournie par un arrêt du 11 décembre 1908 (175).

678. — La nullité de la procédure serait encourue s'il résultait « soit de constatations de fait des juges du fond, soit de l'état de la procédure elle-même, que le mode de procéder dont il est fait grief a eu pour but et pour résultat d'éluder les garanties édictées par la loi de 1897 et de porter atteinte à la défense ». Ainsi la malice du juge tendant à écarter l'application de la loi pourrait entraîner la nullité de l'acte. Mais, en établissant cette double condition, la chambre criminelle arrivait, en fait, à assurer l'impunité des juges d'instruction. Prouver le but est une tâche très difficile, surtout quand la preuve doit émaner d'actes de procédure.

Cependant, la chambre criminelle devait conserver ce critère, même dans les affaires célèbres rendues en 1954 et 1955, malgré une modification de la formule utilisée. Le Code de procédure pénale a essayé d'adopter la solution dégagée par la jurisprudence.

De nombreux arrêts ont été rendus et la Cour de cassation ne cesse d'affirmer la légitimité pour le juge de procéder à l'inculpation d'une personne précédemment entendue comme témoin, la nullité ne pouvant être encourue que si cette manière a eu pour but et pour résultat d'éluder les garanties instituées par la loi de 1897 (176). Un arrêt du

(174) C'est, somme toute, une motivation analogue que recèle Crim., 27 déc. 1963, J.C.P. 1964.II.13543.

(175) Crim., 11-12-1908, B. 495 ; S. 1909.I.228.

(176) Crim., 19-11-1909, B. 537 ; Crim., 26-2-1914, B. 114 ; Crim., 3-2-1922, B. 54 ; Crim., 9-8-1923, B. 318 ; Crim., 22-12-1938, B. 247 ; Crim., 25-1-1939, B. 14 ; Crim., 2-7-1942, B. 83 ; Crim., 7-5-1952, B. 119.

5 mai 1953 rappelle ce principe (177). C'est alors qu'intervint le célèbre arrêt Dominici, le 22 juillet 1954 (178).

Comme le souligne M. Vouin, seul l'arrêt du 26 février 1914 avait cassé la procédure. Il est vrai, toutefois, que le motif admis résultait du fait que la chambre d'accusation avait omis de répondre à une question contenue dans le mémoire. L'arrêt Dominici marque donc une étape dans la question des inculpations tardives. S'il est toujours affirmé que la nullité serait encourue lorsque l'acte aurait eu pour but et pour résultat de porter atteinte aux droits de la défense, l'élément nouveau provient de l'étude du dossier par la chambre criminelle. Il est recherché si réellement le grief est fondé. M. Vouin a pu affirmer qu'il est procédé à l'examen du fait procédural. Un changement profond est effectué sans que la formule soit changée d'un iota.

679. — C'est dans ces conditions qu'a été rendu l'arrêt Fesch et Blot, le 16 juin 1955 (179). Les circonstances de l'affaire étaient favorables même à une interprétation stricte. En effet, les individus avaient été appréhendés en flagrant délit et avaient effectué des aveux circonstanciés. Cependant, le magistrat avait chargé des commissaires de police de procéder à leur audition à titre de témoins, par commission rogatoire. La cassation de l'arrêt méritait d'être encourue. En effet, si dans l'affaire Dominici le juge avait pu continuer à entendre comme témoin, c'est parce que l'aveu pouvait paraître insuffisant. Ainsi, s'annonce déjà la future rédaction de l'article 105 C.P.P. Dans l'affaire Fesch, en revanche, les aveux étaient circonstanciés et l'arrestation avait eu lieu en flagrant délit, c'est-à-dire que les soupçons étaient fondés.

Cependant, l'arrêt permet l'étonnement : au lieu de viser le but et le résultat, la chambre criminelle énonce que la nullité doit être encourue lorsque l'inculpé a été privé en fait des garanties. Seul compte le résultat. M. Vouin souligne ce changement de terminologie en montrant que l'exigence du but aurait toujours empêché la reconnaissance de la violation des droits de la défense puisque le but s'analyse dans l'intention malhonnête du juge.

Plusieurs arrêts ultérieurs manifestent le caractère définitif de cette jurisprudence, et chaque fois les conditions d'exécution des actes sont examinées de manière approfondie.

Le 10 janvier 1956 (180), il est réaffirmé que le juge peut procéder à toutes investigations pour découvrir l'auteur de l'infraction et qu'il ne doit « inculper une personne déterminée qu'après s'être éclairé

(177) Crim., 5-5-1953, B. 157.

(178) Crim., 22-7-1954, B. 270 ; J.C.P. 1954.II.8351, note Vouin.

(179) Crim., 16-6-1955, B. 303 ; J.C.P. 1955.II.8851, note Vouin.

(180) Crim., 10-1-1956, B. 30. En l'espèce, après les aveux passés par l'auteur du crime, il avait été nécessaire de procéder à certaines vérifications et confrontations en raison des explications incomplètes fournies. D'ailleurs, aussitôt ces opérations terminées, le juge avait accompli l'interrogatoire de première comparution.

sur le point de savoir si elle a pris part à l'acte incriminé dans des conditions de nature à engager sa responsabilité pénale ». La nullité des auditions sous serment ne serait admise que « s'il est établi que ces actes ont eu pour résultat d'éluder les garanties de la loi de 1897 ».

De nouveaux arrêts ont été rendus le 11 janvier 1956 (181). Puis le 19 juin 1958 (182), la chambre criminelle constate dans une affaire qu'au cours des diverses auditions d'un témoin il avait, certes, été discuté de certains éléments de l'inculpation mais qu'« il suffit de suivre les développements de l'information pour constater qu'ils pouvaient n'apparaître alors que comme des présomptions insuffisantes ou des preuves indirectes et que ce n'est qu'après la réunion des preuves complémentaires qu'il a été inculpé avec toutes les garanties légales ».

Il peut être facile au juge de procéder à l'inculpation lorsque les déclarations du témoin constituent des aveux non équivoques. Mais que se passera-t-il dans l'hypothèse d'une commission rogatoire ? Il importe alors que l'audition soit arrêtée immédiatement. C'est ce qui avait été fait dans l'affaire évoquée par la chambre criminelle le 19 septembre 1959 (183) ; aussi le procès-verbal d'audition comme témoin fut déclaré régulier puisque l'audition avait été suspendue dès les aveux.

680. — Mais les décisions rendues jusqu'alors, depuis l'arrêt Fesch sont toutes des décisions de rejet. Le 30 avril 1960, en revanche, la cassation fut prononcée (184). Saisi d'une affaire de viol, le juge d'instruction avait donné commission rogatoire aux fins d'entendre à titre de témoin une personne. Les actes avaient été ensuite transmis au juge mandant. Ce dernier ne s'estimant pas suffisamment éclairé délivra une nouvelle commission rogatoire au juge du lieu pour procéder à l'audition sous serment « de l'inculpé Harvel ». Il était évident que le juge d'instruction était suffisamment renseigné sur la participation de l'inculpé aux faits puisqu'il le qualifiait tel. La procédure subséquente fut donc annulée puisque ce mode de faire avait éludé les garanties de la défense.

Quelques mois plus tard, le 6 août 1960 (185), la chambre criminelle validait l'acte d'audition comme témoin exécuté sur commission rogatoire lorsqu'après des aveux une confrontation avait eu lieu. Pour déclarer la régularité de l'acte, la Cour se fonde sur le caractère de continuité existant avec le premier acte et sur le fait que les documents ont été aussitôt transmis au juge qui notifia l'inculpation le lendemain. « Ces auditions successives par les services de police se continuent et se complètent, et l'enquête a été, dans les plus brefs délais, transmise au magistrat instructeur. Dans ces conditions, rien n'établit

(181) Crim., 11-1-1956, 2 arrêts B. 42 et B. 43.

(182) Crim., 19-6-1958, B. 482.

(183) Crim., 19-9-1959, B. 404.

(184) Crim., 30-4-1960, B. 227 ; J.C.P. 1960.II.11660. Voir dans le même sens, Douai, 6-12-1960, J.C.P. 1961.II.12134, rendu dans des circonstances analogues.

(185) Crim., 6-8-1960, B. 401.

que ce mode de procéder ait eu pour effet d'éluder les garanties de la défense ».

Ainsi, la jurisprudence autorise le juge à procéder à des investigations pour acquérir la conviction de la culpabilité d'une personne. Il n'y aura véritablement violation des droits de la défense que si le juge persiste à interroger comme témoin celui dont la participation aux faits est établie.

681. — La première rédaction du Code de procédure pénale se référerait à cette conception. L'article 105 disposait « le juge d'instruction chargé d'une information, ainsi que les magistrats et officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, ne peuvent, à peine de nullité, entendre comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices sérieux de culpabilité, lorsque cette audition aurait pour effet d'éluder les garanties de la défense ».

Aux indices sérieux de culpabilité, l'ordonnance du 23 décembre 1958 substitua les indices graves et concordants, ce qui était plus conforme à la tradition jurisprudentielle récente. Les éléments recueillis ne doivent pas seulement faire présumer la culpabilité mais l'établir réellement de manière non équivoque (186).

La cour d'appel de Poitiers eut à faire application de ce texte le 7 janvier 1960 (187). A la suite d'une note de gendarmerie soupçonnant quelqu'un de se livrer au proxénétisme, le procureur de la République avait fait ouvrir une information contre X... Le juge d'instruction décida l'établissement d'une table d'écoute téléphonique pour déterminer si cette personne pouvait être l'auteur de l'infraction. Ce dernier fit valoir que ce procédé avait conduit à le priver des droits accordés à la défense. La Cour de Poitiers rejeta cette prétention en montrant que le juge n'avait aucune certitude avant l'établissement de ce moyen et qu'il lui appartenait de prendre des renseignements avant d'inculper cette personne.

Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation : les indices obtenus ne pouvaient être considérés comme graves et concordants et la nullité de l'acte ne pouvait être encourue.

682. — Mais depuis cette décision, l'article 105 C.P.P. a été modifié par une ordonnance du 13 février 1960. Désormais, il n'est plus fait mention d'une nullité textuelle s'attachant à l'acte effectué dans ces conditions. Il demeure, cependant, possible de considérer que la nullité pourra être reconnue lorsqu'il y aura, en fait, violation des droits de la défense (application de l'art. 172 C.P.P.). Sur ce point, la criti-

(186) Voir les motifs, notamment, de l'arrêt du 19 juin 1958, précité, B. 482 ; cf. VOÛIN, note sous Aix, 21-6-1956 ; J.C.P. 1956.II.9517.

(187) Poitiers, 7-1-1960, J.C.P. 1960.II.11599, note Chambon. En revanche si le juge a trouvé suffisamment de charges contre un suspect, il ne peut plus l'entendre ou le faire entendre comme témoin : Douai, 6-12-1960, J.C.P. 1961.II.12134.

que ne peut être trop sévère puisque les diverses juridictions auront la possibilité de reconnaître si les droits de l'inculpé ont été méconnus. En revanche, une modification importante est apportée dans le texte même de l'article 105 : il est nécessaire que l'acte soit accompli dans le dessein de faire échec aux droits de la défense, et non plus qu'il ait un tel résultat (188). La vieille opposition du but et du résultat resurgit donc. Le législateur n'a pas voulu sanctionner une simple maladresse du juge mais une perfidie de celui-ci. Il semble cependant, que la nouvelle rédaction du texte ne doive pas anéantir le critère jurisprudentiel dégagé.

Tout dépendra, en définitive, de la manière dont la Cour de cassation exercera son contrôle. S'il est nécessaire d'apporter une preuve formelle du dessein de ruse du juge et de la violation de la loi, il est possible d'affirmer que l'article 105 sera dépourvu de tout effet et de toute sanction. Il est rare, en effet, qu'un juge mentionne expressément son intention de tourner les dispositions légales. En revanche, si la chambre criminelle déduit des circonstances de fait une présomption de violation de la loi, la situation sera assez proche de celle adoptée depuis le tournant de 1954. En 1955 et en 1960, les décisions ont été cassées parce qu'il était évident que le juge d'instruction aurait dû procéder à l'inculpation : dans ces hypothèses, le juge en n'agissant pas selon les devoirs de sa charge avait manifesté son intention d'écarter les droits de l'inculpé.

Il conviendrait que la Cour de cassation se prononce dans ce sens libéral en inférant du résultat obtenu l'intention du juge de tourner la loi (189). Il sera un cas, toutefois, où l'attitude du juge sera à l'abri de toute critique, celui de l'article 104. Ayant mis à même une personne nommément visée dans une plainte assortie d'une constitution de partie civile, de choisir entre le statut de témoin ou celui d'inculpé, aucun grief ne saurait être fait au juge de n'avoir pas inculqué à la première audition. C'est à partir du moment où une personne a été inculquée formellement qu'elle pourra prétendre aux diverses garanties instituées par la loi en sa faveur.

(188) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 466 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1265, p. 975. La doctrine souligne que les dernières réformes ont vidé de son contenu l'article 105 C.P.P. Voir aussi MERLE, note sous Toulouse, 18 déc. 1962, D. 1963.156 (J.C.P. 1963.II.13069 et les observations Chambon).

(189) Par un arrêt du 21 juin 1962 (Bull. Crim., 1962, n° 230, p. 469) la Chambre criminelle déclare que l'article 105 ne peut s'appliquer lorsque les procès-verbaux ont seulement servi à identifier les auteurs. Il s'agissait d'une espèce assimilable à celle du 6 août 1960 précité. Un arrêt du 17 octobre 1962 (Bull. Crim., 1962, n° 276, p. 574) reproduit la formule même des arrêts de 1955-1956 en mentionnant outre le but, le résultat. Par là même la Cour de cassation entend adopter la solution antérieurement consacrée. Signalons encore un arrêt du 18 décembre 1963 (Bull. Crim., 1963, n° 367, p. 773) qui dispose que les indices n'étaient ni graves, ni concordants. Dans le même sens : Crim., 27 juillet 1964, Bull. Crim., 1964, n° 252, p. 539. En outre : Poitiers, 15 janvier 1964, G.P. 1964.I.446. L'article 105 est inapplicable à l'enquête préliminaire : Crim., 17-6-1964, Bull. Crim., 1964, n° 204, p. 440 ; de même Crim., 27 juillet 1964 précité, J.C.P. 1964.II.13941.

§ 2. — Les droits de l'inculpé.

683. — Bien qu'il soit partie principale à l'instance, l'inculpé n'avait pratiquement aucune place dans le Code d'instruction criminelle. Il était isolé, détenu en prison, et il ignorait les différentes charges accumulées contre lui, ainsi que le moment où il serait traduit devant la juridiction de jugement pour faire valoir sa défense.

Peu à peu, ont été établies des règles garantissant le déroulement de la procédure et lui permettant de prendre parfois une part active, parfois une connaissance utile des actes d'instruction. La première des lois intervenues en la matière a autorisé l'inculpé à exercer une voie de recours contre certains actes du juge (loi du 17 juillet 1856). Mais, combien plus importante se révèle la loi du 8 décembre 1897, instituant un véritable statut juridique de l'inculpé, dans sa participation à l'instruction du juge. Le Code de procédure pénale n'a pas introduit d'innovation particulière : il s'est contenté de reprendre les solutions précédemment adoptées et appliquées par la jurisprudence. Nous envisagerons successivement la participation de l'inculpé aux actes d'instruction puis son droit de critique.

A. — LA PARTICIPATION DE L'INCUPLÉ A L'INSTRUCTION.

684. — On a coutume de dire que l'inculpé a fait sa véritable entrée sur la scène juridique avec la loi du 8 décembre 1897. Si, en définitive, cette analyse s'avère exacte, notamment en raison de l'étendue des droits accordés à cette personne, il importe de souligner que la jurisprudence du XIX^e siècle avait déjà manifesté une tendance libérale.

Nulle part ne figure l'obligation de procéder à un interrogatoire au cours de l'instruction. Cependant, la Cour de cassation a estimé que l'inculpé devait, au moins une fois, être mis à même de répondre aux accusations qui étaient portées contre lui. Dans un arrêt du 16 novembre 1849 (190), il est affirmé que « l'interrogatoire du prévenu n'est pas seulement un moyen d'information, c'est aussi un moyen de défense, aussi la formalité est-elle substantielle ». Quelques années après, la même doctrine est renouvelée dans un arrêt rendu sous la présidence de F. Hélie. Il est proclamé qu'une « instruction ne doit pas être close, et la mise en accusation prononcée contre un inculpé sans qu'il ait été dûment interpellé d'avoir à se présenter devant le magistrat instructeur pour y répondre aux inculpations dirigées contre lui et proposer ses moyens de justification » (191). En l'espèce, aucun interrogatoire, ni mandat n'ayant été décerné, la Cour cassa la décision de mise en accusation de l'inculpé.

(190) *Crim.*, 16-11-1849 ; D.P. 1850.5.381.

(191) *Crim.*, 21- 3-1873 ; D.P. 1873.I.224.

Une situation identique était soumise à la Cour de cassation le 8 avril 1892 (192) : dans cette affaire, d'ailleurs, la procédure a été annulée pour violation des droits de la défense alors que l'inculpé avait été entendu à titre de témoin. Or, à cette époque, la situation d'inculpé et de témoin différait peu et nous trouvons tout à fait significative la mention, dans cet arrêt, que l'interrogatoire est nécessaire pour la régularité de l'instruction.

La loi du 8 décembre 1897 va entraîner une participation plus grande de l'inculpé. Tantôt cette participation est offerte directement à l'inculpé, tantôt elle lui est présentée par l'intermédiaire de son conseil. C'est là la principale originalité de cette loi d'avoir admis l'inculpé à se faire assister d'un conseil (193). Les droits diffèrent, donc, selon l'absence ou la présence d'un avocat.

1. — *La participation de l'inculpé seul.*

685. — Le premier avantage accordé à l'inculpé seul est celui conféré lors du premier interrogatoire. Les formalités prévues à l'article 3 de la loi de 1897 sont reproduites à l'article 114 C.P.P.

La première fois que l'inculpé comparaît devant le juge, celui-ci est tenu de constater son identité, puis de lui faire connaître les faits qui lui sont imputés. Le juge peut recevoir les déclarations faites spontanément par l'inculpé mais auparavant il doit l'avertir qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Cet avertissement devra figurer au procès-verbal de comparution. Si le juge décide le maintien de l'inculpation, il devra faire connaître à l'inculpé qu'il lui est possible de choisir un conseil soit parmi les avocats, soit parmi les avoués. Si l'inculpé ne veut pas choisir, mais désire être assisté d'un conseil, le juge lui en fera désigner un d'office. Cette formalité devra aussi être mentionnée à l'acte (194).

686. — Le juge, au cours de la première entrevue, a l'obligation d'indiquer les faits imputés à l'inculpé. Mais il suffit pour que le vœu de la loi soit satisfait, que le juge précise sur quels faits il instruit. Il n'est pas nécessaire, notamment, de fournir la liste des victimes que les manœuvres ont faites. C'est ce que précise un arrêt de la chambre criminelle du 8 décembre 1899 (195).

(192) Crim., 8-4-1892 ; D.P. 1893.I.302.

(193) L'instruction se diffère en cela de l'enquête de police, puisque la personne soupçonnée ne peut être assistée d'un conseil. Voir la décision du conseil de l'ordre des Avocats de Paris du 18-12-1900 ; D.P. 1901.2.88.

(194) Voir pour un cas d'application : Poitiers, 16 janvier 1964, G.P. 1964.I.446.

(195) Crim., 8-12-1899, B. 356 ; D.P. 1903.I.457. Poursuivi pour escroquerie, un inculpé se plaignait de ce que le juge ne lui avait pas donné les noms de toutes les personnes susceptibles de porter plainte. La Cour de cassation estima que l'inculpé savait que d'autres personnes s'étaient plaintes ou pouvaient porter plainte à raison des mêmes actes et que « ces plaintes étaient virtuellement comprises dans l'inculpation complexe d'escroquerie visée dans le réquisitoire introductif ».

Cette solution est conforme au principe de la saisine *in rem* du juge d'instruction : il doit indiquer les faits reprochés, mais il n'est pas obligé de dévoiler certains éléments du dossier. De même aucun reproche ne saurait être adressé au magistrat pour n'avoir pas communiqué la qualification exacte des agissements. D'une part, le juge est saisi d'un fait qu'il lui appartient de qualifier après avoir procédé aux recherches, et d'autre part, cette qualification est toujours provisoire puisque même les juridictions de jugement ne sont pas liées par la décision du juge. Dans ces conditions, l'omission d'une qualification juridique donnée par le réquisitoire introductif du procureur ne saurait faire grief à l'inculpé.

Un inculpé invoqua, toutefois, ce motif devant la cour d'appel de Paris (196). Celle-ci rejeta la demande en constatant que malgré le laconisme du procès-verbal les faits imputés avaient été communiqués à l'inculpé et qu'il fallait présumer la connaissance des pièces jointes au réquisitoire. Sur pourvoi de l'inculpé, la chambre criminelle décida le 23 mars 1912 (197) que le demandeur avait été mis en mesure de se défendre et qu'il importait peu que dans la transcription faite surabondamment au procès-verbal des visas et des qualifications, l'une d'entre elles ait été omise. La même position est révélée par deux arrêts ultérieurs de la Cour de cassation, précisant qu'il suffit de faire connaître à l'inculpé les faits imputés sans qu'il soit nécessaire de donner connaissances des qualifications relevées par le réquisitoire introductif (198). La même solution serait, aujourd'hui, admise sur la base de l'article 114 C.P.P. : le juge doit indiquer le motif de sa saisine sans être obligé de déduire les conséquences juridiques des faits délictueux.

687. — Si, au cours de l'information, le juge découvrait de nouveaux faits imputables au même auteur, il est tenu de communiquer les renseignements au ministère public (199). Si ce dernier délivre un réquisitoire supplétif étendant la saisine du juge, il est nécessaire de notifier les nouvelles inculpations. Mais pour autant faudrait-il suivre les formalités du premier interrogatoire ?

L'unanimité des criminalistes penchait pour l'opinion la plus libérale : une nouvelle affaire était confiée au juge et il fallait suivre les formes de l'interrogatoire de première comparution (200). Il s'agit d'une information nouvelle rattachée à la première par un lien matériel et non juridique. Cependant, la Cour de cassation n'hésita pas à se prononcer en sens opposé. Déjà, il avait été admis dans l'arrêt du 8 décembre 1899 précité que les formalités de la loi de 1897 ne pouvaient s'appliquer à des informations en cours dont le premier interro-

(196) Paris, 1-2-1912, D.P. 1916.II.120, note Leloir.

(197) Crim., 23-3-1912, B. 173 ; D.P. 1912.I.161, note Le Poittevin ; S. 1912.I.345, note Roux.

(198) Crim., 12-7-1934, B. 137 ; Crim., 31-3-1944, B. 91.

(199) Cf. *supra*, n^{os} 606 et ss.

(200) LE POITTEVIN, note au D.P. 1903.I.457. LÉONARD, « Théorie des nullités dans la loi du 8-12-1897 », p. 37.

gatoire avait déjà eu lieu. Cette solution est formellement énoncée dans l'arrêt du 23 mars 1912 (201).

Après un premier interrogatoire, le juge d'instruction avait été saisi d'un réquisitoire supplétif visant d'autres faits. Dans ces conditions, le juge avait prévenu l'inculpé de ces faits nouveaux en procédant comme pour un interrogatoire normal en avertissant le conseil de l'inculpé et en mettant à sa disposition la procédure. La cour d'appel de Paris estima qu'il aurait fallu procéder au renouvellement des formalités de la première comparution, car si « le plus souvent, l'information sur les faits qui font l'objet d'un réquisitoire supplémentaire se confondra par la suite avec la première et formera, avec elle, un tout indivisible, au moment où elle s'ouvre et bien que figurant au même dossier elle constitue en réalité une information distincte ». Saisie par le pourvoi du Parquet et des parties civiles, la Cour de cassation en jugea différemment en se fondant plus sur l'esprit que sur la lettre de la loi. Le fondement de la règle vise, en effet, à prévenir l'inculpé qu'il peut préparer sa réponse aux inculpations qui pèsent sur lui. Or, cet avertissement lui a déjà été fourni et il connaît le déroulement du mécanisme de l'instruction. De plus, en convoquant le conseil et en lui communiquant le dossier, l'inculpé sera suffisamment averti puisque le réquisitoire supplétif se trouvera au dossier.

L'inculpé assisté de son conseil se trouve ainsi suffisamment garanti. C'est sûrement ce motif qui incita la Cour de cassation à casser l'arrêt de la Cour de Paris. Roux critiqua cette interprétation de la loi de 1897 qui risquait de nuire beaucoup à son libéralisme. Statuant comme cour de renvoi, la Cour de Rouen se rangea à la conception de la Chambre criminelle, en la justifiant par le fait que l'inculpé est informé de l'étendue de ses droits et que la réitération obligatoire du même avertissement n'est pas prescrite (202). La chambre criminelle maintint sa jurisprudence sur ce point, ainsi qu'en témoigne un arrêt du 2 février 1928 (203).

688. — Cependant, il est arrivé que des juges d'instruction aient méconnu cette jurisprudence. A la suite d'un réquisitoire supplétif, ils avaient procédé, selon les formes de la première comparution. Fallait-il alors, considérer qu'il y avait violation des règles de l'interrogatoire ? La Cour de cassation ne l'a pas estimé. Elle a vu dans l'accomplissement de cette procédure une formalité surabondante qui ne pouvait en rien porter préjudice aux droits de la défense. D'autre part, la nullité de cet acte ne pouvait être invoquée puisque le juge prévenait l'inculpé qu'il était libre de ne faire aucune déclaration. A deux reprises la chambre criminelle a statué ainsi, le 6 avril 1933 et le 3 août 1935 (204). Dans cette dernière affaire, il était invoqué l'absence de mise à la disposition des défenseurs du dossier de la procédure, préalable-

(201) Crim., 23-3-1912, B. 173 ; D.P. 1912.I.161 ; S. 1912.I.345, note Roux.

(202) Rouen, 26-7-1912, D.P. 1916.II.113, note Leloir.

(203) Crim., 2-2-1928, B. 45.

(204) Crim., 6-4-1933, B. 75 ; Crim., 3-8-1935 ; D.P. 1937.I.94.

ment à la nouvelle inculpation. Cette demande fut rejetée puisqu'il ne pouvait s'agir d'un véritable interrogatoire. De plus, le procès-verbal de première comparution ne pouvait être assimilé à une ordonnance puisqu'il ne contenait aucun acte de juridiction du magistrat, aussi il n'était pas nécessaire d'en donner avis aux conseils des parties.

Le Code de procédure pénale n'apporte aucune précision sur la manière dont devront être effectuées les nouvelles inculpations survenant en cours d'instruction. Il nous semble que la jurisprudence de la Cour de cassation puisse être reprise. En d'autres termes, le juge d'instruction a donc la faculté de procéder soit selon les règles de première comparution soit selon les formes des interrogatoires (205). Le vœu de la loi est de ménager à l'inculpé un moment de réflexion avant de faire des déclarations sur les faits qui lui sont imputés. Or, dans les deux moyens possibles, ce temps est ménagé en sorte que la loi peut aisément se désintéresser de ce point pratique puisque la garantie de la défense est assurée.

689. — Il devra être fait mention au procès-verbal de l'acte que le juge a bien averti l'inculpé de son droit de ne faire aucune déclaration. Cette mention permettra de vérifier ultérieurement si la procédure est bien régulière (206). L'inculpé ne pourra pas, d'ailleurs, se plaindre de ce que l'acte contient une suscription fausse puisqu'il aura été amené à signer le procès-verbal de comparution.

Le magistrat instructeur doit aussi prévenir l'inculpé qu'il peut se faire assister d'un conseil. Il s'agit là d'une formalité essentielle dont l'omission entraînerait la nullité de l'acte. C'est ce qu'a décidé, notamment, un arrêt de la chambre criminelle du 22 juin 1954 (207). Un inculpé avait consenti à fournir des explications immédiatement sans l'assistance d'un conseil alors que le juge ne l'avait pas averti de son droit. Or, la Cour de cassation n'annule l'acte qu'autant qu'il est permis de penser que la renonciation à cette faculté n'a pas été consciente et délibérée. Tel était le cas, en l'espèce, puisque l'inculpé n'avait pas été prévenu de son droit.

Une hypothèse semblable s'était déjà présentée devant la Cour de cassation le 30 décembre 1927 (208), où l'inculpé avait renoncé, de manière expresse, à être assisté d'un conseil, alors que le juge ne l'avait pas prévenu de ce droit. La chambre criminelle avait déclaré, ainsi, la nullité du procès-verbal de première comparution. Cette décision étonna quelque peu, puisqu'elle intervenait peu de temps après un

(205) Voir pour la confirmation de cette thèse, l'article 23 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963 en matière de sûreté de l'Etat.

(206) L'absence de mention entraîne la nullité de l'acte : Crim., 10-1-1946, B. 8.

(207) Crim., 22-6-1954, B. 229 ; J.C.P. 1954.II.8422, note Chambon. Voir aussi Crim., 4-2-1898, D.P. 1898.I.229, 11-1-1898 ; D.P. 1898.I.152 ; Crim., 25-6-1908, D.P. 1909.5.35 ; Crim., 30 décembre 1927, Bull. Crim., 1927, n° 655 ; Patrie, Rev. Sc. Crim., 1947, p. 237. De même, Poitiers, 16 janvier 1964 ; G.P. 1964.I.446.

(208) Crim., 30-12-1927, B. 337 ; S. 1928.I.75 ; D.P. 1929.I.55.

arrêt du 23 juillet 1927 (209) où la procédure n'avait pas été annulée. On prétendit alors que les conditions des deux arrêts étaient différentes. Dans la dernière affaire, les inculpés avaient renoncé à l'assistance d'un conseil de manière non équivoque sans que soit constaté l'avertissement du juge. En réalité, il y a eu un revirement de jurisprudence entre les deux affaires. La chambre criminelle s'est faite plus exigeante sur la qualité du consentement nécessaire à la renonciation. Le consentement doit être fourni en connaissance de cause.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 18 janvier 1951 (210), vient confirmer ce point de vue. Le pourvoi soutenait que le juge d'instruction n'avait pas donné l'avis à l'inculpé qu'il pouvait se faire assister d'un conseil. Ce grief n'a pas été retenu par la chambre criminelle qui constate, d'une part, que le juge a demandé à l'inculpé s'il voulait s'expliquer immédiatement et, d'autre part, que sur interpellation du juge il avait déclaré renoncer expressément à l'assistance d'un conseil. Dans ces conditions, le consentement de l'inculpé était évident, puisque l'interpellation du juge avait eu pour effet de le mettre à même de renoncer en connaissance de cause.

En revanche, il ne serait pas nécessaire de donner l'avertissement si, spontanément, l'inculpé indique qu'il a choisi un conseil. En pareil cas, l'avis est superflu puisque l'inculpé connaît ses droits et il importe peu que la désignation du conseil ait été effectuée après ses déclarations. Le fait même du choix d'un avocat prouve suffisamment que pour les déclarations antérieures il a entendu renoncer expressément au droit d'être assisté (211).

690. — Après cette formalité, deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien l'inculpé ne sollicite pas de conseil, ou bien il utilise son droit.

S'il ne formule aucune demande, le juge d'instruction n'est pas tenu de désigner un avocat d'office, dès l'instant qu'il a été régulièrement averti (212). S'il entend faire usage de ce droit, l'inculpé peut choisir lui-même l'avocat qu'il charge de sa défense. Il peut aussi solliciter du juge la désignation d'un conseil.

Dans ce cas, le juge d'instruction est tenu de désigner un conseil. Pour avoir méconnu cette obligation, la Cour de cassation dûit annuler, par un arrêt du 2 mars 1929 (213), toute la procédure effectuée après la demande de l'inculpé. La solution était déjà acquise dans un arrêt du 29 janvier 1914 (214), où il est affirmé que l'interrogatoire doit avoir lieu après la désignation du conseil d'office si elle a été sollicitée à la première comparution. Dans ce dernier cas, cependant, l'interro-

(209) *Crim.*, 23-7-1927, B. 192 ; S. 1928.I.74 ; S.J. 1928, p. 154, note Garraud.

(210) *Crim.*, 18-1-1951, B. 22.

(211) Ainsi *Crim.*, 25-4-1913, B. 214 ; D.P. 1914.5.14.

(212) En ce sens, *Crim.*, 12-5-1899, B. 119.

(213) *Crim.*, 2-3-1929, B. 76.

(214) *Crim.*, 29-1-1914, B. 59.

gatoire pourrait avoir lieu si l'inculpé renonçait expressément à la présence du conseil pour cet acte (215).

Lorsque l'inculpé a renoncé provisoirement à être assisté d'un avocat, cela ne l'empêche pas de choisir le moment opportun pour la désignation de cette personne. Mais il lui appartiendrait d'en avertir directement et personnellement le juge d'instruction. L'avocat, par exemple, ne pourrait pas valablement signifier au juge le choix effectué par son client. Il importe, en effet, que cet état nouveau soit indiqué de manière non équivoque au juge, aussi l'inculpé doit-il prévenir de cette désignation. Le juge d'instruction en pareil cas n'est pas tenu de provoquer cette confirmation (216).

691. — Mais si la loi exige que l'inculpé soit averti de la possibilité qu'il a d'être assisté d'un conseil, elle n'empêche pas l'inculpé de fournir ses explications sur le fait (art. 114 al. 2 C.P.P.). C'est ce qu'a admis la Cour de cassation le 1^{er} février 1901 (217) dans une affaire où l'inculpé dûment averti de son droit avait décidé de faire connaître son choix ultérieurement. Aussi, le juge interprétant ce délai de réflexion comme une renonciation au droit d'être assisté d'un conseil, avait pu procéder à une confrontation, sans d'ailleurs, qu'à aucun moment la présence de ce personnage ait été réclamée. Une attitude similaire est révélée dans l'arrêt du 23 décembre 1904 (218).

S'il est possible à l'inculpé de réfléchir pour savoir quel parti il doit prendre, le juge n'a pas l'obligation de renouveler l'avertissement. Le texte de la loi n'impose cette prescription que pour l'interrogatoire de première comparution et la jurisprudence s'en est tenue fermement à cette disposition légale (219).

Ces formalités sont obligatoires lors de la première comparution et le juge ne pourrait pas passer outre sans entraîner l'annulation de l'acte. Tel était le cas dans l'affaire soumise à la chambre criminelle, le 9 juillet 1910 (220). Un juge d'instruction avait sollicité d'un inculpé de faux qu'il transcrive devant lui quelques lignes d'écriture pour lui permettre de les soumettre à un expert. Le juge n'avait pas fait précéder sa demande des avertissements légaux et la Cour de cassation a conclu à la nullité de cet acte qui devait être considéré comme un interrogatoire.

692. — Mais il importe peu que la personne chargée de faire les avertissements soit le juge lui-même. A une époque où il était possible de déléguer un officier de police judiciaire pour procéder à un interrogatoire, la Cour de cassation a jugé qu'il ne résultait aucune viola-

(215) Hypothèse de Crim., 20-6-1912, B. 330 où l'inculpé après avoir demandé l'assistance d'un conseil, avait renoncé à sa présence au cours de l'instruction.

(216) C'est ce qu'a décidé la Chambre criminelle par deux arrêts, l'un du 27 novembre 1931, B. 277, l'autre du 10 novembre 1948, B. 256.

(217) Crim., 1-2-1902, B. 32 ; S. 1903.I.546.

(218) Crim., 23-12-1904, B. 544.

(219) Crim., 23-12-1904, B. 544 et Crim., 16-3-1907 ; D.P. 1908.I.382.

(220) Crim., 9- 7-1910, B. 371.

tion de la loi, lorsque le juge d'instruction avant de recevoir la déclaration de l'inculpé sur le choix d'un conseil avait chargé un commissaire de police de remplir les formalités de l'article 3 de la loi de 1897. Si la loi est respectée au cours de la délégation, aucune cause de nullité ne peut être tirée de ce procédé (221).

Il serait, semble-t-il, toujours possible à un juge d'instruction de déléguer l'accomplissement des formalités de la première comparution à un officier de police judiciaire, même en l'état actuel des textes du C.P.P., du moment qu'aucune déclaration n'est recueillie de la part de l'inculpé. Il convient, en effet, de distinguer selon l'inculpé ou la partie civile. Cette dernière peut accepter d'être entendue par un officier de police judiciaire, c'est-à-dire qu'elle peut renoncer à la garantie prévue par la loi (art. 152 al. 2 C.P.P.). En revanche, l'inculpé ne pourrait pas renoncer au droit d'être interrogé par un magistrat puisque la loi ne prévoit aucune renonciation. Mais il ne s'agit pas véritablement d'une règle d'ordre public; l'inculpé pourrait y renoncer expressément et l'acte serait régulier (application de l'art. 170 al 2 C.P.P.).

Les formalités de la première comparution peuvent donc être effectuées par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, puisque ce n'est pas véritablement un interrogatoire. La Cour de cassation a, en effet, considéré que dans l'hypothèse où l'inculpé a déjà fait choix d'un conseil, il n'est pas nécessaire de suivre les formalités des interrogatoires pour la première comparution. Ainsi, il n'est pas besoin de mettre à la disposition du conseil la procédure, ni même de l'avertir de l'acte (222). L'article 118 C.P.P. ne paraît pas devoir solliciter une interprétation différente. Si la délégation est faite à un magistrat, aucune difficulté ne se présente, puisqu'il peut exécuter un interrogatoire. C'est, d'ailleurs, ce que vient de rappeler un arrêt de la chambre criminelle du 5 avril 1960 (223). Le magistrat commis pour l'exécution d'une commission rogatoire peut procéder à l'interrogatoire de première comparution de l'inculpé en se conformant aux dispositions impératives de l'article 114 C.P.P.

693. — Il existe, toutefois, des cas où le juge peut procéder sans être tenu de respecter les dispositions impératives de cet article. Cette dérogation est formellement prévue à l'article 115 C.P.P. « Nonobstant les dispositions prévues à l'article précédent, le juge d'instruction peut procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations si l'urgence résulte soit de l'état d'un témoin en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître, ou encore dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 72 C.P.P. ». L'article 115 est la reproduction exacte de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1897.

(221) Crim., 21- 8-1913, B. 424.

(222) Cette solution a été admise dans un arrêt du 25 avril 1913 (B. 214 ; D.P. 1914.5.14). Elle figure aussi dans Crim., 10-4-1933 ; D.H. 1933.286 et Crim., 30-12-1952, B. 334.

(223) Crim., 5-4-1960, B. 209.

La loi n'a pas voulu, dans ces diverses hypothèses, que le respect des droits de l'inculpé n'entrave l'action de la société. Ainsi en est-il pour le témoin en danger de mort. Il faut procéder à une confrontation très rapide avec cette personne pour arriver à déterminer si l'auteur soupçonné de l'infraction est bien celui aperçu par le témoin. De même pour des traces qui menacent de disparaître, tout doit être mis en œuvre pour obtenir les déclarations de l'inculpé sur ces éléments de preuve qui ne pourront plus être représentés ni même saisis.

Enfin, en cas d'infraction flagrante, il y a moins de danger pour l'inculpé d'être privé de garanties. Le plus souvent, en effet, c'est l'inculpé qui effectue spontanément ses déclarations quand il est surpris sur le fait. Le formalisme paraît moins utile. De plus, les traces de l'infraction sont encore évidentes et il n'y a pas de risque d'erreur sur la personne même de l'inculpé.

Ainsi l'urgence et le flagrant délit justifient la dispense du formalisme de l'article 114 C.P.P. La jurisprudence révèle quelques cas d'application de ces dispositions.

Le 16 décembre 1926 (224), il a été admis que procédait valablement, comme en cas de flagrant délit, le juge d'instruction qui effectuait l'interrogatoire d'un coprévenu alors qu'une femme était en danger de mort à la suite de manœuvres abortives. Il était, en effet, admissible d'étendre l'hypothèse du témoin en danger de mort à celle d'un coauteur sur le point de mourir. La confrontation doit être effectuée au plus tôt pour que le juge puisse parvenir à la connaissance de détails utiles aux débats. Puisque ce coauteur va mourir, l'action publique ne pourra plus être exercée contre lui, et son rôle se réduit à celui d'un témoin dans l'autre procédure.

Par ailleurs, la Cour de cassation a entendu, de manière assez souple, la notion de transport sur les lieux (au sens de l'art. 115 C.P.P.). A été considéré, le 7 janvier 1932 (205) comme en transport en cas de flagrant délit, le juge d'instruction qui, le lendemain d'un crime, s'est transporté à l'hôpital où se trouvait la victime et a procédé en ce lieu à l'interrogatoire du prévenu. Le transport sur les lieux a été aussi admis dans une hypothèse où, en fait, l'auteur de l'infraction avait été conduit au commissariat du quartier, sur le territoire duquel avait été commis le crime. Le juge avait procédé en ce lieu à l'interrogatoire sans respecter les formalités de la première comparution, et aucun grief n'a été retenu par la chambre criminelle (226).

Au reste, il convient de remarquer que ce n'est pas tant le transport que la flagrance de l'infraction qui apporte une dérogation aux règles normalement applicables. Or, il n'est pas douteux que dans les affaires soumises à la Cour de cassation, le juge d'instruction pro-

(224) *Crim.*, 16-12-1926, B. 310.

(225) *Crim.*, 7-1-1932, B. 1 ; D.P. 1933.I.23, note Leloir.

(226) *Affaire GORCULOFF*, *Crim.*, 30-6-1932, B. 161 ; D.H. 1932.413 ; D.P. 1933.I.23, note Leloir.

cédait en flagrant délit. La rédaction de l'article 115 C.P.P. englobe, désormais, cette jurisprudence. Outre le témoin en danger de mort, et les indices sur le point de disparaître, il est fait mention de l'article 72, c'est-à-dire de l'hypothèse où l'information est ouverte à la demande du procureur de la République présent sur les lieux. Tant que le juge n'est pas de retour à son cabinet, il agit en état d'infraction flagrante et n'a pas à se plier aux formalités de l'information.

694. — Cependant, il sera nécessaire d'indiquer dans l'acte la raison pour laquelle le juge ne s'est pas conformé aux dispositions de l'article 114. L'alinéa 2 de l'article 115 C.P.P. oblige le magistrat à indiquer la cause d'urgence qui l'a amené à agir de cette manière. Cette question n'était pas précisée dans la loi de 1897, mais elle était révélée incidemment du fait que la mention de l'exécution des formalités doit figurer à l'acte, à peine de nullité.

Ainsi fut annulé le procès-verbal de première comparution qui ne constatait pas la dispense des formalités en raison d'un transport sur les lieux (227). Dans l'affaire du 7 janvier 1932, précitée, il résultait que le transport avait été effectué en flagrant délit. Principalement, l'arrêt du 30 juin 1932 comporte une formule très proche de celle de l'article 115 C.P.P. La preuve de l'existence des conditions exigées par l'article 7 doit résulter des énonciations du procès-verbal de transport. Il peut y être suppléé par l'arrêt de renvoi ou par les actes de la procédure. Le juge doit, donc, justifier pour quelles raisons il n'a pas observé les formalités de la première comparution.

695. — Telle est la première garantie fournie par la loi à l'inculpé qui entend se défendre seul. De nombreuses autres dispositions lui permettent de participer à la procédure. La plus importante est certainement celle de l'article 141 C.P.P. Si l'inculpé a été mis en détention préventive, après le premier interrogatoire, par l'effet d'un mandat de dépôt, il peut, à tout moment, solliciter du juge sa mise en liberté. L'article 141 al. 1 le lui permet du moment qu'il prend l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'il en sera requis et de tenir informé le magistrat-instructeur de tous ses déplacements (228). Le juge d'instruction doit répondre dans les cinq jours de la demande. S'il ne s'acquitte pas de cette mission dans le délai, l'inculpé pourra saisir directement la chambre d'accusation, laquelle devra statuer obligatoirement dans les quinze jours, sinon l'inculpé sera mis en liberté d'office. C'est là une disposition nouvelle favorable à l'inculpé, pour que sa demande ne reste pas sans réponse. L'inculpé est aussi amené à participer plus directement aux actes d'instruction.

(227) *Crim.*, 28-7-1899, B. 231. En cette affaire, le juge avait fait un nouvel interrogatoire une fois de retour à son cabinet. Cet acte fut annulé.

(228) De même, à la première comparution, le juge avertit l'inculpé qu'il doit l'informer de ses changements d'adresse. Voir article 114, dernier alinéa et *Crim.*, 27 février 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 66, p. 150. En matière de sûreté de l'Etat, les demandes de mises en liberté provisoire sont limitées (cf. art. 29, al. 5 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

Il était reconnu sous l'empire du C.I.C. que l'inculpé devait assister à la perquisition qui s'effectuait chez lui lorsqu'il était arrêté (art. 39 C.I.C.) (229).

L'article 87 C.I.C. précisait, d'autre part, que la visite domiciliaire et la perquisition étaient des actes d'instruction. L'inculpé détenu doit y assister, à moins d'un refus de sa part, et l'inculpé libre peut y participer, sans que le juge doive le prévenir.

Sur ce point, le C.P.P. reprend les anciennes dispositions. L'article 57, pour l'enquête de flagrant délit, prévoit l'assistance de la personne soupçonnée et l'article 96 pour l'instruction renvoie aux règles définies par l'article 57. Le Code de procédure pénale ne fait plus aucune distinction entre l'inculpé détenu et l'inculpé libre, puisque le résultat est identique dans les hypothèses : l'inculpé a la possibilité de désigner un fondé de pouvoirs et, en l'absence de tout choix, le juge n'est pas empêché de procéder à la mesure envisagée du moment qu'il se conforme à la loi (désignation de témoins instrumentaires).

Pour l'ouverture des documents saisis et placés sous scellés, le juge doit agir en présence de l'inculpé. La loi de 1933 a introduit cette disposition dans l'article 89 C.I.C. L'inculpé détenu doit être transféré, et l'inculpé libre doit seulement être convoqué (art. 89 al. 2). Sa réticence ne saurait gêner l'action du magistrat-instructeur. L'article 97 C.P.P. reprend cette formalité, dans son alinéa 3 : « Les scellés ne pourront être ouverts et les documents dépouillés qu'en présence de l'inculpé assisté de son conseil, ou eux dûment appelés. » En d'autres termes, que l'inculpé soit ou non assisté d'un conseil, il doit être convoqué.

L'inculpé pourrait réclamer la restitution d'un objet placé sous main de justice, comme toute personne prétendant droit sur l'objet saisi. L'article 99 C.P.P. prend le soin de préciser « l'inculpé, la partie civile ou toute personne... ». Dans tous les cas, l'inculpé a droit à la communication de la demande de manière à pouvoir présenter ses arguments avant la décision du juge. Il dispose d'un délai de trois jours pour ce faire (230).

696. — Il existe trois nouvelles hypothèses où l'inculpé se voit accorder des droits.

Aux termes de l'article 81 al. 6 C.P.P., le juge doit procéder ou faire procéder à une enquête sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale. Toutefois, l'article ajoute que cette enquête est facultative en matière de délits. Ainsi, l'inculpé d'un crime paraît disposer d'un droit nouveau, celui qu'il soit procédé à une enquête sur sa personnalité. Cet examen ne

(229) Depuis la loi du 7 février 1933, l'article 39 prévoyait l'hypothèse de l'inculpé libre. Il peut assister à la perquisition qui se déroule à son domicile sans qu'il soit nécessaire de lui en fournir préalablement avis. Il connaîtra ainsi les documents saisis qui pourront servir de pièces de conviction. Il lui sera même demandé de reconnaître les effets ainsi trouvés et de les parapher.

(230) Voir *supra*, n°s 207 à 217.

saurait, selon l'article D. 16 C.P.P., entraîner aucune conséquence du point de vue de la culpabilité. Il est destiné à permettre le choix d'une sanction mieux adaptée à la personnalité du délinquant.

Toutefois, la Cour de cassation a interprété cette disposition de manière discutable par de nombreux arrêts (231). Certes, la Cour de cassation ne considère pas que le juge d'instruction puisse impunément refuser d'effectuer des recherches sur la personnalité de l'inculpé (232) ; il suffit que le dossier contienne des éléments relatifs à la personnalité. Il est permis d'admettre que la chambre criminelle avoue son intention en ne voulant pas rechercher si réellement de tels éléments figurent au dossier.

De plus, il ne peut véritablement y avoir violation des droits de la défense : en effet, la défense doit librement s'exercer en vue de parvenir à la reconnaissance de la non-culpabilité. Or, ici, le dossier de personnalité n'a pas trait à l'imputabilité du fait mais seulement à la détermination de la peine. Il est possible, dès lors, de considérer que le juge d'instruction présume la culpabilité pour ordonner la confection du dossier de personnalité.

C'est uniquement dans la mesure où la justice pénale s'humanise que cette solution doit être critiquée (233), car l'inculpé peut avoir un droit à l'attribution d'une peine adaptée à sa personnalité. Dans ces conditions, il est à souhaiter soit que la Cour de cassation se montre plus exigeante pour l'application de l'article 81 al. 6, soit que les juges comprennent véritablement leur rôle en ordonnant tous les actes nécessaires à une juridiction pour rendre son jugement.

697. — Ainsi, la jurisprudence, par une interprétation très stricte du texte du Code de procédure pénale, tend à minimiser les garanties légales. Conçus comme droit de l'inculpé, les examens de personnalité sont déclarés, en fait, actes d'instruction dépendant de la souveraine appréciation des magistrats instructeurs. Une constatation analogue peut être faite à propos des examens médicaux et médico-psychologiques.

L'article 81 al. 7 C.P.P. permet à l'inculpé de solliciter du juge de tels examens. En cas de refus, le juge d'instruction est tenu de motiver son opinion. Il ne sera peut-être pas à craindre de décision arbitraire de cette manière. Mais la garantie du Code s'arrête là, puisque la décision du juge ne peut être examinée par une autre juridiction. La jurisprudence n'a pas permis à l'inculpé de faire appel de cette décision. Un arrêt de la Cour de Montpellier rendu le 13 no-

(231) *Crim.*, 5-4-1960, B. 210 ; *Crim.*, 29-4-1960, B. 223 ; *Crim.*, 31-5-1960, inédit ; *Crim.*, 1-12-1960, B. 566.

(232) En ce sens, opinion M.R.M.P. sous *Crim.*, 1-12-1960, D. 1961.385.

(233) Voir les observations de M. LEVASSEUR, *Rev. sc. crim.*, 1961, p. 83 (variétés) et de M. VOÛIN, *J.C.P.* 1961.I.1633 *bis*. *Addé* QUENETTE, « L'observation et le dossier de la personnalité devant les juridictions pénales », Thèse, Nancy, 1960.

vembre 1959 (234) adoptait une telle conception, qui fut approuvée par la Chambre criminelle le 29 avril 1960 (235). Pour admettre une telle solution, la Cour de cassation a tiré argument du texte restrictif de l'article 186 C.P.P. relatif à l'appel de l'inculpé, en considérant que les examens médicaux et médico-psychologiques n'étaient pas de véritables expertises. Le juge doit donc motiver son refus, mais il n'est pas possible de critiquer immédiatement les arguments invoqués. Seulement ultérieurement, devant une juridiction de jugement ou même devant la Chambre d'accusation, l'inculpé pourra présenter ses raisons pour solliciter un supplément d'information relativement aux actes refusés par le juge.

Par suite d'une interprétation restrictive, on assiste à un amoindrissement des garanties voulues par le législateur.

698. — Le Code de procédure pénale accorde, en revanche, un droit nouveau à l'inculpé par l'article 87. Quand une partie civile se constitue, l'inculpé a la faculté de présenter des observations au juge d'instruction en vue de faire rejeter cette demande. Jusqu'alors, seul le juge d'instruction décidait sur l'admission d'une partie civile.

Il était, cependant, arrivé que l'inculpé ait cherché à empêcher de telles constitutions. Mais, chaque fois, la Cour de cassation a rejeté ces prétentions en invoquant une interprétation stricte du droit d'appel de l'inculpé. C'est ce que témoigne encore un arrêt du 7 avril 1932 (236).

Cette position était critiquable, car admettre une partie civile, c'est l'autoriser à participer à l'instruction, et à faire valoir des arguments à l'encontre de l'inculpé. Ce dernier peut avoir intérêt à faire reconnaître l'absence de préjudice direct et partant à dénier la qualité à une prétendue partie civile. Le Code de procédure pénale autorise l'inculpé à contester la constitution d'une partie civile (art. 87 al. 2). En cette hypothèse, le juge d'instruction statue par une ordonnance motivée susceptible d'appel (art. 186 al. 1 C.P.P.). Cette disposition a été insérée expressément en raison de la jurisprudence jugée trop défavorable à l'inculpé.

699. — C'est aussi une participation nouvelle qui est offerte à l'inculpé, dans le cadre de la nouvelle réglementation de l'expertise. La loi du 8 décembre 1897 n'apportait aucune modification pour l'exécution de cet acte considéré comme une pure mesure d'instruction. Un doute, toutefois, était né à la suite de la circulaire du garde des Sceaux du 10 décembre 1897 prévoyant la communication immédiate d'une ordonnance prescrivant une expertise. La Cour de cassation en estimant que seules devaient faire l'objet de cette procédure

(234) Montpellier, 13-11-1959, J.C.P. 1960.II.11612, note Chambon.

(235) Crim., 29-4-1960, B. 221 ; J.C.P. 1960.II.11658. Observations de M. LEVASSEUR, Rev. sc. crim., 1961, p. 83. Voir aussi Crim., 27 nov. 1963, Bull. 336, p. 709.

(236) Crim., 7-4-1932, D.P. 1933.I.131 De même Crim., 16-7-1927, B. 180, Crim., 12-12-1912, B. 631 et Crim., 24-8-1911, D. 1912.I.422.

les ordonnances juridictionnelles en écarta les ordonnances commettant un expert (237).

Cette ligne de conduite fut observée tout au long de l'application du C.I.C. Mais des éléments étaient apparus. D'une part, les expertises sont fréquemment utilisées dans le déroulement des procédures pénales. La spécialisation accrue et le développement de la police technique (238) amènent le magistrat-instructeur à recourir à des experts. D'autre part, l'expertise n'est pas un moyen absolu permettant de parvenir à la manifestation de la vérité. Certaines affaires retentissantes ont révélé les limites de ce procédé d'instruction (239). Aussi, pour éviter toute contestation à l'audience de jugement, il convenait d'apporter à l'expertise une nouvelle réglementation accordant une certaine participation à l'inculpé. Après avoir successivement envisagé les diverses sortes d'expertise possibles, entre l'expertise contradictoire ou l'expertise contrôlée, le Code de procédure pénale a introduit la double expertise menée conjointement (240).

Aux termes de l'article 156 C.P.P., toute juridiction peut ordonner une expertise soit *proprio motu*, soit à la demande d'une des parties. Ainsi, l'inculpé peut solliciter une expertise. Si le juge estime que cette mesure n'est pas utile, il pourra la refuser, mais en cette hypothèse, le Code de procédure pénale l'oblige à motiver son refus (art. 156 al. 2 C.P.P. rédaction du 4-6-1960). Une voie de recours est ouverte à l'encontre de ce refus (art. 186 al. 3 nouveau) (241).

La première rédaction du C.P.P., issue de la loi du 31 décembre 1957, offrait une participation aux opérations d'expertise. L'article 159 prescrivait au juge d'instruction de notifier à l'inculpé le nom de l'expert ainsi que la mission dévolue. Trois jours lui étaient accordés pour présenter ses observations (art. 159 al. 3). De plus, l'inculpé pouvait solliciter la désignation d'un autre expert en précisant la personne souhaitée. La loi prévoyait même l'hypothèse de plusieurs inculpés ayant des oppositions d'intérêts (242).

Un tel système accordait véritablement des droits nouveaux à l'inculpé qui prenait une collaboration active à l'exécution de cet acte. Mais il pouvait gêner le libre exercice de la défense devant la juridiction de jugement, qui n'aurait pu critiquer des actes auxquels

(237) Crim., 5-1-1901, S. 1901.I.103 ; D.P. 1901.I.113 ; Crim., 16-2-1901 ; D.P. 1901.I.288.

(238) Cf. le traité de police technique de M. PAYOT.

(239) Notamment l'affaire Marie BESNARD.

(240) Cf. DOLL, « La réglementation de l'expertise », Paris, 1962.

(241) La rédaction originale de l'article 156 mentionnait expressément ce droit d'appel. Cela provient du fait que les articles relatifs à l'expertise avaient été réservés au cours des travaux parlementaires. Voir aussi Aydalot, Rec. Droit Pénal, 1958, pp. 41 et 82.

(242) Si l'expert demandé figurait sur les listes des personnes accréditées, le juge ne pouvait pas s'opposer à la désignation. En revanche, tout autre choix pouvait être rejeté par le juge au moyen d'une ordonnance motivée susceptible de voies de recours (appel dans les formes et les délais de l'article 186, la Chambre d'accusation devant statuer dans la huitaine).

elle avait participé. D'un autre côté, il pouvait attenter aux intérêts de la réaction sociale en retardant l'exécution de cette mesure. L'ordonnance du 23 décembre 1958 retira à l'inculpé la possibilité de choisir un expert. En contrepartie de la disparition de ce contrôle, la loi a renforcé les garanties d'objectivité. Deux experts devaient être désignés par le juge et l'inculpé pouvait présenter des observations en la forme gracieuse soit sur le choix des experts, soit sur le libellé même de leur mission.

700. — Après une année de fonctionnement, ce système apparut trop rigide. L'ordonnance du 4 juin 1960 prévoit la désignation de deux experts uniquement pour les expertises ayant trait au fond de l'affaire (art. 159 al. 3 C.P.P.).

Toutefois, même en ce qui concerne le fond de l'affaire, la désignation d'un seul expert peut intervenir en raison de circonstances exceptionnelles (243). En pareil cas, le juge doit prévenir de son intention l'inculpé qui dispose d'un délai de quarante-huit heures pour présenter ses observations. Le juge ne prendra sa décision qu'à l'expiration du délai, à moins que l'urgence ne motive le déroulement des opérations. Cette ordonnance motivée du magistrat sera susceptible de voie de recours.

Après l'accomplissement des opérations d'expertise, le juge est tenu de notifier aux parties le dépôt des conclusions de l'expert. Il les convoquera pour leur donner connaissance du rapport. L'inculpé pourra faire toutes déclarations nécessaires, de plus il disposera d'un délai pendant lequel il pourra présenter des observations et solliciter du magistrat instructeur un complément d'expertise ou une contre-expertise (art. 167 C.P.P.). Si le juge estimait ces remarques mal fondées, il devrait les rejeter par une ordonnance dont l'inculpé pourrait faire appel.

La participation de l'inculpé à la procédure d'instruction est mieux assurée que par le passé. Il est évident que de tels droits pourraient être exercés par le conseil de l'inculpé s'il en a choisi un. La loi l'indique parfois (art. 81 al. 7, art. 141 al. 1 C.P.P.). Mais s'il est assisté d'un avocat, la participation sera encore plus complète et plus totale.

2. — *L'inculpé assisté d'un conseil.*

701. — L'article 114 al. 3 C.P.P. fait une obligation au juge d'instruction d'avertir l'inculpé, au cours de sa première comparution, qu'il a la faculté de se faire assister d'un conseil au cours de l'instruction (ancien art. 3 loi du 8-12-1897). Si l'inculpé ne formule aucune demande, le juge n'est pas tenu de procéder à la désignation d'office d'un conseil (244).

(243) Voir à cet égard Crim., 20 février 1963, J.C.P. 1963.II.13392, note Chambon.

(244) Ainsi jugé par la Cour de cassation le 12-5-1899, B. 119.

A l'inverse, le juge est tenu de déférer à la demande de l'inculpé et dès ce moment, à peine de nullité de l'information ultérieure. Aucun acte d'instruction ne pourrait être effectué avant cette désignation, car les droits de la défense pourraient être atteints. C'est, du reste, ce qu'a estimé la Chambre criminelle par un arrêt du 5 juin 1958 (245). Si le juge ne procédait à aucune nomination, même s'il n'est effectué ultérieurement aucun interrogatoire, toute la procédure serait annulée (246).

Ainsi, l'assistance d'un conseil est une pure faculté, abandonnée à l'appréciation de l'inculpé qui peut à tout moment l'utiliser (art. 117 C.P.P.). Dans ces conditions, il peut être renoncé à l'assistance d'un conseil soit de manière générale, soit de manière particulière à propos de tel ou tel acte.

Renonciation générale (247).

702. — La Cour de cassation a admis la régularité de la renonciation générale à l'assistance d'un défenseur en cours d'instruction. En une telle hypothèse, elle considère que l'inculpé peut toujours revenir sur sa décision de ne pas être assisté d'un conseil (248). Le juge, notamment, n'a pas à renouveler l'avertissement donné lors de la première comparution, ni même à s'inquiéter de savoir si un défenseur a été choisi (249). Il appartient à l'inculpé de faire cesser cette incertitude. L'article 117 C.P.P. prévoit, en effet, qu'à tout moment l'inculpé peut faire connaître au juge le nom du conseil qu'il a choisi. S'il préférerait avoir recours à la désignation d'office, il lui appartiendrait de la solliciter du juge.

L'inculpé doit effectuer lui-même cette démarche. La lettre d'un avocat avisant le juge qu'il a été chargé d'assurer la défense d'un inculpé ne saurait y suppléer. Le juge, même dans ce cas, n'est pas tenu de provoquer la confirmation par l'inculpé de son choix (250). Si l'inculpé s'abstient de choisir, ou s'il fait une renonciation générale, la procédure sera ainsi suivie jusqu'à son terme. Telle est la solution d'un arrêt de la Chambre criminelle du 23 juin 1955 (251).

(245) Crim., 5-6-1958, B. 442.

(246) Ainsi Crim., 2-3-1929, B. 76.

(247) Au cours de l'instruction préparatoire, l'assistance d'un conseil est facultative. Il en est différemment pour les informations menées selon des règles dérogatoires (cf. ord. 62-429 du 14 avril 1962 : l'article 4 de ce texte prescrit l'assistance obligatoire d'un conseil). Devant la cour d'assises, l'assistance est aussi obligatoire (art. 274, C.P.P.). Voir de même l'article 7 de l'ord. 62-618 du 1^{er} juin 1962. De même la désignation d'un conseil intervient d'office en matière de sûreté de l'Etat (cf. art. 20 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963).

(248) Crim., 25-6-1908. B. 270 ; D.P. 1909.535.

(249) Pour le non-renouvellement des formalités de première comparution : Crim., 23-12-1904, B. 544 ; S. 1907.I.295 ; Crim., 16-3-1907, B. 137 ; D.P. 1908.I.382. Cf. article 23 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963 en matière de sûreté de l'Etat.

(250) Crim., 27-11-1931, B. 277 ; S. 1933.I.117 ; Crim., 10-11-1948, B. 256.

(251) Crim., 23-6-1955, B. 318. Voir aussi en matière de procédure pénale militaire, Crim., 5-11-1920, B. 419 et Crim., 6-12-1923, B. 420.

Dès lors, l'inculpé ne pourrait tirer grief de ce qu'il n'a pas été assisté d'un avocat au cours de l'information, lorsqu'il a déclaré à la première comparution qu'il refusait l'assistance d'un conseil (252). Le juge n'est pas tenu de mettre à sa disposition le dossier de la procédure la veille des interrogatoires (253) et il n'a pas à adresser l'avis des ordonnances juridictionnelles (notamment ordonnances de soit-communiqué ainsi que l'ordonnance de clôture) (254).

703. — Il est permis de se demander dans quelle forme doit être faite cette renonciation. Est-il nécessaire qu'elle soit expressément constatée ou bien peut-elle être implicite ? Ni la loi de 1897, ni le C.P.P. ne nous renseignent à cet égard. La question a cependant été posée à la Chambre criminelle le 12 juillet 1960 dans une affaire concernant une partie civile mais qui serait valable pour un inculpé (255).

Appelée à comparaître devant le juge d'instruction, une partie civile avait été interrogée sans l'assistance d'un avocat parce qu'elle n'en avait pas encore choisi. Ultérieurement, elle voulut faire considérer cette audition comme nulle, au motif qu'il ne résultait nullement de sa part une renonciation expresse au droit d'être assistée d'un conseil. Elle invoquait l'article 118 C.P.P. ainsi conçu : « L'inculpé et la partie civile ne peuvent être entendus ou confrontés, à moins qu'ils n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs conseils ou eux dûments appelés. » La Cour de cassation a refusé, à bon droit, d'accepter ce motif en remarquant que l'article 118 C.P.P. s'applique uniquement après le choix d'un conseil. Dans le cas contraire, le juge d'instruction peut entendre ou confronter l'inculpé ou la partie civile sans avoir à constater que les intéressés ont expressément renoncé à l'assistance d'un conseil.

Ainsi, la renonciation générale n'a pas besoin de figurer sur une pièce quelconque de la procédure, elle s'induit du seul fait que l'inculpé n'a pas choisi de conseil, tant qu'il n'a pas prétendu exercer cette faculté. Il en est différemment pour la renonciation spéciale à tel ou tel acte.

Renonciation spéciale.

704. — Cette question ne peut être envisagée que dans la mesure où l'inculpé a fait choix d'un conseil (art. 118 C.P.P. ou art. 9 al. 2 loi du 8-12-1897). La Cour de cassation a reconnu la validité d'une telle manière de procéder, en ayant soin de préciser que la renon-

(252) Crim., 12-1-1901, B. 14 ; Crim., 16-3-1907, B. 137 ; D.P. 1908.I.382.

(253) Crim., 20-6-1930, B. 174.

(254) Ainsi Crim., 25-2-1958, B. 196 rendu à propos de l'application de l'article 49 C. Justice militaire reprenant les dispositions de l'article 10 de la loi de 1897 (art. 183, C.P.P.).

(255) Crim., 12-7-1960, B. 368.

ciation était expresse. Ainsi en était-il dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 5 janvier 1901 (256).

Cette renonciation à l'assistance du conseil entraîne en même temps l'inutilité des formalités préalables aux actes (257). Ainsi, une confrontation pure et simple peut devenir un interrogatoire sans qu'aucun grief puisse être présenté si l'inculpé avait renoncé à l'assistance de son conseil (258). On conçoit que dans cette hypothèse la jurisprudence soit plus exigeante sur la qualité du consentement puisqu'il s'agit d'une dérogation à un statut adopté précédemment par l'inculpé. La renonciation doit être expresse. L'arrêt du 12 juillet 1960 (259) permet de constater la permanence de la solution jurisprudentielle.

La loi du 8 décembre 1897 présentait, en ce domaine, une lacune. L'inculpé pouvait renoncer préalablement à être assisté d'un conseil pour un interrogatoire, mais si le juge accomplissait un acte sans obtenir la renonciation expresse toute la procédure devrait être annulée : l'article 12 prévoyait une nullité obligatoire et automatique (260). L'article 170 C.P.P. ne possède plus ce caractère : il est permis à la partie en faveur de laquelle la formalité était instituée de renoncer à s'en prévaloir, et ce de manière expresse. La renonciation à l'assistance du conseil pour l'exécution de certains actes peut donc intervenir *a posteriori*, dans les mêmes conditions.

Mais le plus souvent l'inculpé ne renoncera pas à cette assistance, car elle lui procure de nouveaux avantages. Il ne sera plus seul lors des interrogatoires du juge d'instruction et il connaîtra mieux l'évolution de la procédure du juge.

a) L'assistance aux interrogatoires :

705. — L'interrogatoire est l'acte essentiel de toute procédure d'instruction. Il est tellement capital que son absence entraînerait une nullité d'ordre public qui ne pourrait être couverte d'aucune manière (261). Il est, dès lors, permis de se demander si l'interrogatoire de première comparution peut être considéré comme un interrogatoire.

Si le juge ne fait que donner les avertissements prévus par la loi, sans que l'inculpé n'ait pu formuler quoi que ce soit relativement aux faits qui lui sont imputés, il est évident que cet acte ne peut valoir interrogatoire. Mais qu'en est-il lorsque l'inculpé a fait quel-

(256) Crim., 5-1-1901, B. 8 ; D.P. 1901.I.113. De même Crim., 9-3-1916, B. 58 ; Crim., 27-11-1919, B. 248.

(257) Ainsi Crim., 8-6-1912, B. 307 ; Crim., 10-5-1917, B. 123.

(258) Crim., 27-11-1919, B. 248 ; D.P. 1922.I.135.

(259) Crim., 12-7-1960, B. 368.

(260) Si la nullité était découverte avant le dessaisissement du juge d'instruction, la Cour de cassation avait indiqué la procédure à suivre : Crim., 8-12-1899, D.P. 1900.I.31.

(261) Crim., 24-6-1922, D.P. 1924.I.58. De même Paris, 11 décembre 1961, J.C.P. 1962.II.12692 *bis*. Voir aussi MARQUISET « Nécessité de l'interrogatoire de l'inculpé », Rec. Droit Pénal, 1950, p. 1.

ques déclarations après avoir reçu l'avis qu'il était libre de ne pas en faire ? Par un important arrêt du 11 juillet 1902 (262), la Cour de cassation estima que cet acte valait interrogatoire et satisfaisait au vœu de la loi.

« Attendu, en fait, qu'il appert du procès-verbal constatant la première comparution, que les prescriptions ont été exactement observées, que l'inculpé a fourni au magistrat instructeur ses déclarations sur les faits dont il était inculpé... et que, dans ces conditions, il n'y a pas eu violation de la loi. »

M. Roux s'éleva fortement contre cette manière de concevoir les droits de l'inculpé. Il estime, en effet, que tel n'est pas le vœu de la nouvelle loi qui accorde des facilités nouvelles à l'inculpé. Pour que ce dernier puisse les exercer, il importe que le juge entende à nouveau l'inculpé en dehors du moment où il comparait pour la première fois. S'il est, toutefois, nécessaire que le juge dispose de la plus grande liberté pour mener son information, il conviendrait qu'un nouvel interrogatoire ait lieu lorsque le juge a réuni les preuves et indices. De cette manière, l'inculpé serait mis à même de discuter avant la clôture de l'instruction (263).

Pour notre part, nous estimons que la première comparution ne peut constituer un interrogatoire au sens précis de ce mot, puisque le juge ne peut rien demander.

706. — Malgré le vigoureux réquisitoire de Roux qui insistait pour que l'on ne « revienne pas à un état de droit antérieur à 1670 », la Cour de cassation persista dans cette manière de penser, ainsi qu'en témoignent deux arrêts (264). Un revirement de jurisprudence paraît résulter d'un arrêt du 24 juin 1922 (265), dans une affaire où la chambre criminelle annule une procédure au cours de laquelle avait seulement eu lieu la première comparution. En apparence, cependant, il y a continuité de solution, car l'inculpé au cours de sa première comparution avait déclaré ne s'expliquer qu'en présence de son avocat.

En réalité, il y a bien un revirement de la jurisprudence. Ainsi que le remarque un des annotateurs de cet arrêt, s'il n'y avait que cette différence, il serait possible d'accuser la haute juridiction d'un certain byzantinisme puisqu'il appartiendrait en définitive à l'inculpé de rendre obligatoire ou non le deuxième interrogatoire. La Cour de cassation a voulu revenir sur sa jurisprudence en interprétant la loi de 1897 selon son esprit et non dans sa lettre. Un véritable inter-

(262) Crim., 11-7-1902, B. 246 ; S. 1903.I.545, note Roux ; D.P. 1906.I.535.

(263) Considérer l'interrogatoire de première comparution comme un véritable interrogatoire ne peut plus être concevable depuis l'intervention de la loi de 1897. Auparavant, le juge pouvait par ce seul acte épuiser son information. Désormais, il peut seulement obtenir les déclarations faites spontanément par l'inculpé.

(264) Crim., 26-3-1909, B. 192 ; Crim., 14-3-1913, B. 140 ; D.P. 1914.I.44.

(265) Crim., 24-6-1922, S. 1923.I.44 ; D.P. 1924.I.58. Cf. BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, T. II, n° 1266, note 6 et les renvois. Voir aussi, Paris, 11 décembre 1961, J.C.P. 1962.II.12692 *bis* et note Chambon.

rogatoire doit être mené et le juge ne doit pas se contenter d'un vague balbutiement ânonné par une personne encore sous le choc de l'arrestation.

Le fait même que la première comparution n'est pas un interrogatoire découle de la jurisprudence rendue sur le point de savoir si l'inculpé déjà assisté d'un conseil peut invoquer la violation des règles de l'article 118 C.P.P. (art. 10 de la loi de 1897) pour l'exécution de cet acte. La chambre criminelle a toujours estimé qu'il n'était pas nécessaire de mettre la procédure à la disposition du conseil la veille de cet acte ni même de le prévenir à l'avance (266). Cette solution est attestée encore dans un arrêt du 30 décembre 1952 (267). De même, lorsque au cours d'une information, le juge notifie de nouvelles inculpations, il a la possibilité de procéder selon le mode de la première comparution, car il ne s'agit pas vraiment d'un interrogatoire (268).

Ainsi, la première comparution ne constitue pas un interrogatoire puisque ne peut s'établir un dialogue entre le juge et l'inculpé. Telle est la caractéristique essentielle de l'interrogatoire que la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser à de nombreuses reprises (268 bis) :

707. — Il n'est pas nécessaire cependant, que l'interrogatoire ait un rapport direct avec les faits dont l'individu est inculpé : il suffit que l'acte intervienne à cause de ces faits ou à propos de ces faits. Est un authentique interrogatoire, la demande de renseignements sur la personne de l'inculpé (interrogatoire de *curriculum vitae*). Le juge ne se contente pas d'un rôle passif, il mène l'information sur la personnalité du délinquant, tout comme il le ferait sur les faits. Il y a, alors, dialogue véritable. C'est ce qu'a estimé la Chambre criminelle dans un arrêt du 12 novembre 1931 (269) :

« Il importe peu, d'ailleurs, que cet interrogatoire ait porté principalement sur le passé et les antécédents de l'inculpé; il n'en constituait pas moins un interrogatoire au sens des articles 9 et 10 de la loi de 1897 qui ne fait aucune distinction. » Cette conception est réaffirmée dans un arrêt du 12 juin 1947 (270).

Avec le Code de procédure pénale, aucun changement ne peut intervenir sur ce point précis, même avec la prescription de l'enquête de personnalité. En effet, si le juge procède ou fait procéder à cette enquête, c'est à la condition que soit respecté l'al. 4 de l'article 81 C.P.P. interdisant aux officiers de police judiciaire de procéder aux interrogatoires et confrontations de l'inculpé. C'est affirmer que demeure fondée la solution dégagée par la Cour de cassation.

(266) Ainsi Crim., 25-4-1913, B. 214 ; D.P. 1914.5.14 ; Crim. 10-4-1933 ; D.H. 1933, p. 286.

(267) Crim., 30-12-1952, B. 334.

(268) Crim., 3- 8-1935, D.P. 1937.I.94, note Leloir.

(268 bis) Voir toutefois Seine, 22 décembre 1964, fichier des cours et tribunaux, 314/65.

(269) Crim., 12-11-1931, B. 252.

(270) Crim., 12- 6-1947, B. 150.

Déjà la Chambre criminelle a eu à se prononcer sur l'interrogatoire au sens de l'article 118 C.P.P. Le 30 novembre 1961 (271), il a été admis que ne constituait pas un interrogatoire la simple reconstitution d'un crime. En d'autres termes, cet acte n'était pas un interrogatoire parce qu'il n'y avait pas de dialogue entre le juge et l'inculpé.

708. — Ne sont pas non plus des interrogatoires les demandes faites à l'inculpé afin de savoir s'il entend utiliser une faculté procédurale. C'est ce qu'a, très justement, admis la Chambre criminelle dans un arrêt du 23 juin 1938 (272).

Une situation identique se présente lorsque le juge d'instruction convoque l'inculpé pour lui donner connaissance des conclusions d'un expert. La Cour de cassation a décidé que cet acte n'était pas un interrogatoire et ne nécessitait pas la mise à la disposition du conseil du dossier (273). A l'époque, en effet, le juge n'était pas tenu de donner connaissance du résultat des expertises. Si le juge avait posé des questions, il se serait agi d'un interrogatoire. Malgré l'apparence des textes, le Code de procédure pénale consacre une telle manière de voir.

La première rédaction de l'article 167 C.P.P. obligeait le juge à notifier aux parties les conclusions de l'expertise dans les formes prévues aux articles 118 et 119. De plus, le magistrat devait les convoquer pour recevoir leurs déclarations et leur prescrire un délai pour présenter leurs observations. Ce texte n'indiquait pas si les conseils devaient être convoqués. L'ordonnance du 23 décembre 1958 en modifiant cette disposition précise que le juge doit convoquer les parties pour leur donner connaissance des conclusions de l'expertise, dans les formes prévues aux articles 118 et 119.

Faut-il induire de cette finale que cet acte constitue un interrogatoire au sens de la loi ? Il ne le semble pas puisque le texte précise uniquement l'application des formes de l'interrogatoire. Si véritablement il s'était agi d'un tel acte, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir l'extension des formes. D'ailleurs, le texte de l'article 167 indique seulement que le juge reçoit les déclarations des parties sans, qu'il puisse de quelque manière les amener à répondre à des questions qu'il leur poserait. Cette distinction est utile à noter, car dans l'hypothèse où le juge aurait omis de suivre ces formes, il ne serait pas possible de faire application de la disposition de l'article 170, mais seulement de l'article 172 C.P.P. Ainsi, selon que l'acte com-

(271) Crim., 30-11-1961, J.C.P. 1962.IV.2, B. 491. Voir aussi Poitiers, 15 janvier 1964, C.P. 1964.I.446.

(272) Crim., 23-6-1938, B. 160. Statuant sur la procédure de la détention préventive qui avait cours entre 1933 et 1935, elle a estimé que n'était pas un interrogatoire l'interpellation faite à un inculpé dans le dessein de savoir s'il désirait comparaître devant la Chambre du conseil appelée à statuer sur la prolongation de la détention préventive.

(273) Crim., 27-11-1930, B. 285.

porte ou non un dialogue, il y a lieu de considérer qu'il s'agit ou non d'un interrogatoire.

709. — C'est ce critérium qui a servi à la Cour de cassation pour élaborer la fameuse théorie des confrontations. La loi du 8 décembre 1897 avait — volontairement ou par inadvertance — établi une différence de régime entre ces deux actes. L'article 9 al. 2 prescrivait que l'interrogatoire ou la confrontation de l'inculpé ne pouvait avoir lieu qu'en présence du conseil ou lui dûment convoqué (l'art. 118 al. 1 C.P.P. reprend ce texte). D'autre part, l'article 10 relatif à la mise de la procédure à la disposition du conseil ne prévoit cette formalité que pour les interrogatoires (comme l'art. 118 al. 3 C.P.P.).

Des plaideurs ne devaient pas manquer d'invoquer ce moyen de nullité en prétendant que l'acte auquel le juge avait procédé n'était pas une simple confrontation mais un véritable interrogatoire. La cour d'appel de Paris eut à connaître d'un tel problème le 4 novembre 1898 (274). Cette juridiction s'est livrée à une analyse précise de l'acte effectué par le juge d'instruction. Elle a reconnu qu'en l'espèce le juge ne s'était pas borné à mettre l'inculpé en présence des témoins et à provoquer et recevoir leurs explications, mais en outre « qu'il avait posé diverses questions tendant à obtenir de lui un aveu ou à le mettre en demeure de faire connaître son système de défense contre les charges qui pourraient s'induire contre lui ».

Dans ces conditions, et tout en reconnaissant que la loi avait entendu établir une différence entre les interrogatoires et les confrontations, la Cour reconnut que le juge avait effectué un interrogatoire sans se soumettre aux formalités de cet acte.

Saisie d'un pourvoi, la chambre criminelle accepta cette distinction, toutefois l'arrêt de la Cour de Paris fut cassé parce qu'il ne paraissait pas suffisamment motivé (275). Il est permis, d'ailleurs, de se demander si, sous ce motif, la Cour de cassation ne désapprouvait pas la cour d'appel d'avoir annulé l'acte, car peu de temps après, elle considérait comme confrontation un acte où le juge avait posé directement des questions (276). Dans cette affaire, il était aussi possible de se demander si le juge pouvait lors d'un interrogatoire poser des questions sur des actes ne figurant pas au dossier. Pour éviter à un témoin de revenir pour effectuer une confrontation, le juge avait procédé à cet acte immédiatement après la déposition du témoin. Mais sur ce point précis, était intervenu l'arrêt du 5 janvier 1901 (277), admettant la confrontation immédiatement après l'audition du témoin, du moment que la procédure avait été communiquée la veille. Il est d'ailleurs curieux de constater que les arrêts intervenus ultérieurement, après avoir posé le principe de la distinction entre confronta-

(274) Paris, 4-11-1898, D.P. 1899.I.64.

(275) Crim., 9-12-1898, B. 361 ; D.P. 1899.I. 63, note S.L.L.

(276) Crim., 17- 3-1899, B. 56 ; D.P. 1899.I.328 ; S. 1901.I.473, note Roux. Voir aussi Crim., 11-2-1899, B. 12 ; S. 1900.I.425.

(277) Crim., 5-1-1901, B. 8 ; D.P. 1901.I.113. De même Crim., 30-6-1904, B. 288.

tion et interrogatoire, reconnaissent qu'il s'agit de confrontations (278).

710. — La différence de formalités entre les deux actes était assez minime : la confrontation exige la présence du conseil mais il n'est pas nécessaire de mettre à sa disposition le dossier de la procédure. Un tournant est marqué avec un arrêt du 27 novembre 1919 (279). La chambre criminelle par une interprétation audacieuse de la loi de 1897 déclare celle-ci inapplicable aux simples confrontations. En d'autres termes, elle déclarait sans effet l'article 9 de la loi de 1897.

En l'espèce, les inculpés avaient opposé d'eux-mêmes un démenti « sans avoir été l'objet de la part du magistrat-instructeur d'aucune interpellation » et « aussitôt après les protestations consignées, les procès-verbaux ont été clos et régulièrement signés ». Il n'y avait pas eu interrogatoire, aussi les formalités des articles 9 et 10 n'étaient pas nécessaires.

La jurisprudence de la chambre criminelle va désormais s'orienter selon cette distinction. N'est pas un interrogatoire mais une pure confrontation, l'acte dans lequel le juge s'est abstenu d'intervenir ou n'a pas dépassé le cercle des révélations effectuées par le témoin (280). En revanche, si la confrontation devient un véritable interrogatoire, il sera nécessaire de communiquer la procédure la veille (281) et de convoquer le conseil (282).

D'un arrêt du 5 janvier 1956 (283), on pourrait induire un certain revirement de la jurisprudence. En effet, les inculpés se plaignaient de ce qu'ils avaient été confrontés avec un témoin alors qu'il ne résultait pas du dossier de la procédure qu'elle ait été mise à la disposition du conseil. La chambre criminelle constate que le juge d'instruction « après avoir entendu le témoin, a fait comparaître les prévenus en présence de ce témoin et qu'il a reçu leurs déclarations respectives » et que « les deux demandeurs ont été l'objet d'un véritable interrogatoire et non d'une simple confrontation ».

Mais l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence doit être écartée car, trois ans plus tard, la chambre criminelle manifeste son attachement à la solution dégagée en 1919. Le 8 juillet 1959 (284) est rappelée la distinction des interrogatoires et des confrontations selon le rôle actif ou passif du juge. En l'espèce, l'inculpé n'avait pas été interpellé et même il n'avait fait aucune déclaration. « La simple confrontation d'un prévenu, lorsque cet acte ne présente pas le carac-

(278) Ainsi en est-il dans *Crim.*, 18-4-1907, B. 180 ; *Crim.*, 22-12-1910, B. 659 et *Crim.*, 7-1-1911, B. 12.

(279) *Crim.*, 27-11-1919, B. 248 ; D.P. 1922.I.135 ; S. 1921.I.229.

(280) *Crim.*, 3-3-1921, S. 1921.I.390 ; *Crim.*, 16-12-1922, B. 420 ; *Crim.*, 25-1-1939, B. 14.

(281) *Crim.*, 25-11-1922, B. 388.

(282) *Crim.*, 16-12-1951, B. 280.

(283) *Crim.*, 5-1-1956, B. 18.

(284) *Crim.*, 8-7-1959, B. 347.

tère d'un interrogatoire n'est pas soumise aux formalités exigées par les articles 9 et 10 de la loi de 1897. »

711. — Loin d'avoir effectué un changement d'orientation, la chambre criminelle demeure fidèle à sa distinction. Ce dernier arrêt est intéressant à un autre titre, car il permet d'augurer la solution à donner à l'article 118 C.P.P. Cet article figure dans une section intitulée « Des interrogatoires et confrontations » et l'on pourrait penser que le régime des deux actes est identique, dans le sens du formalisme le plus grand.

Cependant, la lecture de l'article 118 ne peut laisser aucun doute. Après avoir dans le premier alinéa indiqué que l'inculpé ou la partie civile ne peuvent être entendus ou confrontés qu'en présence de leurs conseils le troisième alinéa envisage seulement la mise à la disposition du conseil de la procédure avant chaque interrogatoire.

Le texte de l'article 118 continue d'établir une distinction entre ces deux actes, et MM. Stefani et Levasseur estiment que les confrontations exigent le même formalisme que les interrogatoires (285).

Cependant, deux arguments permettent de penser que la chambre criminelle interprétera l'article 118 de la même manière que la loi de 1897. D'une part, le texte adopté à cet article est exactement celui de l'ancienne loi sans aucune modification. D'autre part, l'arrêt du 8 juillet 1959 précise que la simple confrontation d'un prévenu lorsque cet acte ne présente pas le caractère d'un interrogatoire n'est pas soumise aux formalités exigées par les articles 9 et 10 de la loi de 1897 « dont les dispositions sont reprises par l'article 118 C.P.P. » (286).

Par avance, la Cour de cassation indiquait l'interprétation qu'elle adopterait de l'article 118 C.P.P. à propos des confrontations. Le 30 novembre 1961 (287), la chambre criminelle devait formellement adopter cette opinion : n'est pas un interrogatoire, une confrontation au cours de laquelle le magistrat est demeuré passif. Dans ces conditions, les interrogatoires sont des actes où le magistrat-instructeur interpelle l'inculpé sur certain faits. C'est le sens, d'ailleurs, donné par Littré « ensemble des questions du juge et des réponses de l'accusé ».

712. — En raison de son importance, cet acte ne peut être accompli que par un juge (art. 152 al. 2 C.P.P.). Il ne peut être délégué à un officier de police judiciaire. Mais dans le cadre d'une expertise n'y aura-t-il pas aussi des interrogatoires ?

La question avait été soumise à la Cour de cassation le 6 juillet 1905 (288). L'inculpé sollicitait l'annulation d'une expertise et de

(285) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 473. De même J. BROUCHOT, J. GAZIER et F. BROUCHOT, *op. cit.*, n° 56.

(286) Crim., 8-7-1959, B. 347.

(287) Crim., 30-11-1961, B. 491 ; D. 1962.225.

(288) Crim., 6-7-1905, B. 336.

toute la procédure au motif que son premier interrogatoire avait été effectué au cours d'une expertise et qu'il n'avait pas été satisfait au formalisme de la première comparution. Fallait-il admettre les questions posées par l'expert comme un interrogatoire ? La chambre criminelle ne l'a pas pensé en considérant que l'inculpé avait seulement fourni des renseignements propres à l'accomplissement de la mission de l'expert. Par ailleurs, l'expert n'étant ni officier de police judiciaire ni un délégué du juge d'instruction, les formalités de la loi de 1897 ne devaient pas trouver application.

La cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 26 juillet 1912 (289) devait reproduire cette doctrine en affirmant que « le fait pour un expert de provoquer les explications de l'inculpé n'est à aucun titre assimilable à un interrogatoire régi par l'article 10 de la loi de 1897 ». Cette solution qui avait prévalu sous l'empire du Code d'instruction criminelle a été écartée par le Code de procédure pénale.

713. — L'article 164, dans sa première rédaction, indiquait que si les experts estiment nécessaire d'interroger l'inculpé, l'interrogatoire sera effectué par le juge d'instruction, en leur présence, dans les formes et conditions prévues aux articles 118 et 119. L'interpellation de l'homme de l'art équivalait à un interrogatoire. L'ordonnance du 23 décembre 1958 augmentait le formalisme en précisant que le juge devrait procéder personnellement à cet acte « sauf délégation motivée délivrée à titre exceptionnel » (art. 164 al. 2 C.P.P.).

Cet excès de formalisme aurait peut-être fini par nuire à l'inculpé ou à la bonne exécution de l'expertise. Aussi l'ordonnance du 4 juin 1960 a-t-elle permis à l'inculpé de renoncer à ce formalisme (290). Il pourra consentir à être entendu par l'expert, hors de la présence du juge d'instruction et même renoncer à la présence de son conseil au moyen d'une déclaration écrite qui sera remise aux experts et jointe au rapport (art. 164 al. 3) (291).

Ainsi, l'inculpé pourra renoncer à l'exécution du formalisme en pleine connaissance de ses droits. Il est toutefois un cas où l'expert pourra interroger directement l'inculpé sans se soumettre à aucune formalité. L'article 164 al. 4 dispose : « Les médecins-experts chargés d'examiner l'inculpé peuvent lui poser les questions nécessaires à l'accomplissement de leur mission, hors la présence du juge et des conseils. »

Un médecin, en effet, ne peut être gêné dans l'exercice de son art par le respect d'un formalisme excessif. A la lumière des dernières données législatives, on aurait pu songer à établir une distinction selon que l'expertise portait ou non sur le fond de l'affaire. Dans la première hypothèse, toutes les questions auraient revêtu le carac-

(289) Rouen, 26-7-1912, D.P. 1916.2.113, note Leloir.

(290) Voir à cet égard la chronique de M. DOLL, « L'audition de la partie civile, de l'inculpé et des sachants par les experts », D. 1963, p. 233.

(291) Pour l'application de cet article, voir Crim., 10 oct. 1963, J.C.P. 1964.II. 13464 et note Chambon ; Paris, 30 avril 1963, D. 1964, som. p. 26.

tère d'un interrogatoire, tandis que dans la seconde il se serait agi de simples renseignements destinés à faciliter la tâche de l'homme de l'art. Tel aurait été le cas des expertises mentales destinées à révéler si l'inculpé se trouvait ou non en état de démence au sens de l'article 64 du Code pénal.

A la vérité, la loi n'a pas entendu établir cette différenciation pour une raison pratique. Chaque fois qu'un médecin est proposé pour l'exécution d'une expertise, sa mission l'amène nécessairement à poser des questions. Il convenait tout à la fois de ne pas entraver le médecin et de ne pas introduire des tiers au sein du secret médical.

Rappelons aussi que les enquêtes en vue de l'établissement du dossier de personnalité (art. 81 al. 6 et al. 7 C.P.P.) ne peuvent être assimilées à des expertises, quant aux règles de fond (292). Il n'y a donc pas lieu d'observer les formalités prévues pour les interrogatoires (293) ; il en est de même pour les perquisitions (294).

714. — Mais dans les hypothèses où cette assistance est obligatoire, la loi a institué un mécanisme particulier pour que le conseil soit effectivement averti de l'exécution de l'acte. L'article 9 al. 4 de la loi de 1897 indiquait : « Le conseil sera convoqué par lettre missive au moins vingt-quatre heures à l'avance ». La circulaire du 10 décembre 1897 expliquait cette disposition légale, en précisant que le conseil devait être prévenu en temps utile pour être mis à même d'exercer efficacement son droit. Et si, à la limite, le juge peut remettre la lettre à la poste la veille de l'interrogatoire à une heure telle que le délai de 24 heures soit expiré avant la comparution de l'inculpé, la circulaire ne conseille pas ce procédé. Au contraire, elle estime que le juge doit en même temps avertir le conseil de la mise à sa disposition de la procédure. D'autre part, si la loi mentionne « lettre missive », les magistrats seront avisés de faire recommander cette pièce pour éviter toute contestation.

Le C.P.P. reprend ces diverses prescriptions. L'alinéa 2 de l'article 118 prévoit la convocation du conseil au plus tard l'avant-veille de l'interrogatoire, consacrant ainsi la suggestion de la circulaire demandant que le même acte convoque le conseil et l'avertisse de la possibilité de prendre connaissance du dossier (demeurée fixée 24 heures avant l'interrogatoire). Cette convocation doit être adressée par lettre recommandée (295).

(292) Ainsi Montpellier, 13-11-1959, J.C.P. 1960.II.11612, note Chambon et sur pourvoi, Crim., 29-4-1960, B. 221 ; J.C.P. 1960.II.11658 ; Crim., 27 novembre 1963, Bull. Crim., 1963, n° 336, p. 709.

(293) Très souvent les actes seront faits par des médecins et l'article 164, al. 4, retrouverait application.

(294) Voir ainsi Crim., 30 mai 1933, B. 125 ; Crim., 5 juillet 1962, B. 242 ; J.C.P. 1962.IV.114.

(295) Il est intéressant de noter pour ceux qui veulent supprimer une partie des attributions des huissiers au profit de l'expédition d'une lettre recommandée, que jamais la Cour de cassation n'a eu à connaître de l'hypothèse (d'école) de

La Cour de cassation avait, en effet, considéré que ce moyen était le plus conforme au vœu de la loi et permettait la preuve de l'expédition effective, bien que le seul récépissé de la poste ne puisse à lui seul valoir pour l'accomplissement de la formalité (296).

715. — Il est un point sur lequel le C.P.P. demeure muet : celui de savoir le moment auquel il convient de se placer pour apprécier si le délai de vingt-quatre heures a été respecté. Deux options sont, cependant, possibles : ou bien il faut considérer le moment de l'expédition de la lettre, et la loi sera respectée quand il existera plus de 24 heures entre l'envoi de la convocation et le moment de l'interrogatoire ; ou bien il est nécessaire que le défenseur dispose devant lui d'un délai franc de vingt-quatre heures avant l'exécution de l'acte. En d'autres termes, le délai doit-il être computé par rapport à l'émission ou à la réception de la lettre ?

La chambre criminelle a été saisie de cette question à maintes reprises, mais on peut dire cependant qu'elle n'a pas opté pour l'une ou l'autre hypothèse de manière franche. Dans ces affaires, le problème qui se posait était de savoir si un obstacle de fait, comme la présence d'un dimanche, pouvait allonger la durée du délai.

La Cour de cassation n'a pas estimé nécessaire de prendre en considération cet obstacle. Par un arrêt du 6 mai 1910 (297), il est affirmé que la convocation est régulière lorsqu'elle est adressée le 30 janvier pour un acte qui doit avoir lieu le 1^{er} février (298). Un arrêt du 22 avril 1921 (299) évoque le problème de l'incidence d'un dimanche au cours du délai. Ce jour-là, en effet, aucune distribution de courrier n'est faite et le greffe étant fermé le conseil ne peut prendre connaissance de la procédure. La chambre criminelle déclare néanmoins que l'envoi d'une lettre missive un samedi, avisant le conseil de l'inculpé qu'un interrogatoire aura lieu le lundi, satisfait exactement le vœu de la loi, même si la lettre a été remise dans la matinée du lundi, soit quelques heures avant l'interrogatoire (300).

Après l'intervention du Code de procédure pénale, il était légitime de penser que la Cour de cassation serait revenue sur une telle interprétation textuelle de la loi. L'occasion a été offerte à la chambre criminelle de se prononcer le 22 août 1960 (301). Il était soutenu au pourvoi qu'il y avait eu violation des droits de la défense en ce que le juge d'instruction avait procédé à des interrogatoires un lundi 28 décembre alors qu'il avait adressé l'avis aux conseils le 26 décem-

l'envoi d'une enveloppe vide qui n'aurait rien pu signifier. Et cependant, de nombreuses contestations sont nées pour l'application de cette loi.

(296) Ainsi Crim., 6-5-1910, B. 244.

(297) Crim., 6-5-1910, B. 244.

(298) De même en était-il dans une affaire de procédure pénale militaire le 27-12-1934 (B. 214).

(299) Crim., 22-4-1921, B. 178, S. 1923.I.236.

(300) Crim., 14-11-1946, B. 201, statue de la même manière.

(301) Crim., 22-8-1960, B. 411 ; J.C.P. 1960.II.11792 et le rapport du conseiller Rolland.

bre, c'est-à-dire le samedi précédent. Après avoir rappelé les solutions fournies antérieurement, le conseiller Rolland laissait entendre qu'il serait peut-être opportun de les modifier. Notamment, il se demandait si les précautions législatives ne sont pas de pure forme lorsque des mesures sont jugées suffisantes alors qu'elles ne correspondent pas à la réalité. Il mettait ainsi la Cour en mesure d'apprécier s'il valait mieux adopter une interprétation stricte risquant d'aboutir à des fictions, ou au contraire consacrer une interprétation large (302).

La chambre criminelle opta pour la solution traditionnelle : « Les juges du fond énoncent que le juge d'instruction s'était strictement conformé aux dispositions de l'article 118 C.P.P. reprenant celles des articles 9 et 10 de la loi du 8 décembre 1897 et, qu'en l'absence de toute réclamation des inculpés ou de leur conseil au cours de l'interrogatoire, il y avait lieu de présumer qu'aucune entrave n'avait été apportée à l'exercice de leur droit. » Ainsi, la Cour de cassation reprend sa jurisprudence traditionnelle : il suffit que le juge adresse, plus de vingt-quatre heures avant l'acte, l'avis qu'il va y procéder, pour que la procédure soit régulière.

716. — Il est un domaine où il est permis de se demander si la jurisprudence antérieure sera maintenue : l'hypothèse d'un interrogatoire repris le lendemain. Il peut arriver qu'en égard à ses diverses occupations, le juge soit obligé de procéder à un interrogatoire un soir. Puis, en raison d'un dossier particulièrement volumineux, cet acte peut ne pas être achevé ce même jour. La circulaire du 10 décembre 1897 indiquait cet écueil en précisant « parfois il y aurait intérêt à ce que la continuation de l'interrogatoire pût être remise au lendemain. L'obligation d'observer toujours strictement le délai de vingt-quatre heures et de convoquer par lettre missive s'opposerait à cette mesure souvent indiquée dans l'intérêt même de l'inculpé ».

La Cour de cassation a estimé qu'il n'était pas interdit au juge de différer de plusieurs heures un interrogatoire lorsqu'il s'y trouve contraint par des nécessités inhérentes à son service (303). Puisque le juge peut différer un interrogatoire, il pouvait être admis que l'acte soit continué le lendemain. C'est ce qui fut décidé le 8 juin 1912 (304) : aucune disposition légale n'interdit au juge d'instruction de continuer un interrogatoire le lendemain et les jours suivants. Il suffit pour que la loi de 1897 soit respectée que cet interrogatoire soit continué en présence du conseil, à la disposition de qui le dossier a dû être mis la veille du jour où a commencé l'interrogatoire.

Sous l'empire du Code de procédure pénale, la même solution semble devoir être admise. D'une manière générale, la Cour de cas-

(302) Le conseiller ROLLAND ne dissimulait pas qu'elle pouvait également être une source d'abus de la part de la défense.

(303) Crim., 6-7-1911, B. 349.

(304) Crim., 8-6-1912, B. 307.

sation a tendance à reprendre les éléments dégagés antérieurement lorsque le texte de loi est identique. D'autre part, il ne pourrait être reproché au juge d'instruction d'avoir ménagé des pauses dans l'interrogatoire de l'inculpé, alors que le C.P.P. les prescrit implicitement pour les auditions de suspects au cours d'une enquête de flagrant délit. L'article 64 exige, en effet, la mention de la durée des interrogatoires au procès-verbal ainsi que l'indication des temps de repos (305).

717. — Mais l'inculpé peut être assisté de plusieurs conseils. En ce cas, se pose la question de savoir si le juge d'instruction est tenu de les aviser tous de l'accomplissement d'un interrogatoire. La loi de 1897 avait précisé « le conseil ». Mais il avait été admis que l'inculpé pouvait en choisir plusieurs. La circulaire du 10 décembre 1897 opinait en ce sens : « Il n'est pas obligatoire que le choix ou la désignation porte sur un conseil unique. »

La Commission d'instruction de la Haute Cour de justice devait connaître ce problème. Après avoir admis l'application de la loi du 8 décembre 1897, elle décida qu'il suffisait que l'inculpé soit assisté d'un seul conseil, en se fondant sur le but qu'avait voulu réaliser cette loi (décision du 12 octobre 1899) (306). Cette affaire, d'ailleurs, devait entraîner un débat à la Chambre des députés où cette décision était dénoncée comme une illégalité très grave. En fait, la majorité de la doctrine estimait cette interprétation conforme aux vœux du législateur et respectueuse des intérêts de la défense. Si l'inculpé peut être assisté de plusieurs conseils, il n'est pas nécessaire pour autant que tous prennent part à la procédure et y figurent en nom.

Cette question devait ultérieurement être soumise à la chambre criminelle. Un inculpé soutenait à l'appui de son pourvoi en cassation qu'un interrogatoire était nul car il ne contenait pas la mention sacramentelle de la convocation de son conseil et de la mise à sa disposition du dossier de la procédure. Mais, en l'espèce, l'inculpé était assisté de deux avocats, et si l'acte ne comportait aucune mention relativement à l'un, il n'en était pas de même pour l'autre. Dans ces conditions, il s'avérait difficile de prononcer une nullité au motif que la loi n'avait pas été observée strictement, alors qu'en fait son esprit était respecté. C'est en ce sens que se prononça la Cour de cassation, le 30 novembre 1933 (307).

« Tout inculpé a le droit d'être assisté d'un conseil et s'il n'est pas interdit à un inculpé de se faire assister de plusieurs défenseurs, il est satisfait aux prescriptions légales dès lors qu'un seul de ces conseils, à la disposition de qui la procédure a été mise, assiste à l'interrogatoire. »

(305) Voir dans ce cas, Crim., 16 juillet 1964, Bull. Crim., 1964, n° 239, p. 511.

(306) Commission d'instruction de la Haute Cour de justice, 12-10-1899 ; D.P. 1903.II.345 ; S. 1900.II.289, note Esmein.

(307) Crim., 30-11-1933, B. 220 ; D.P. 1934.I.121, note Leloir ; S. 1936.I.153, note Hugueney.

718. — Cette décision est fort sage, car accorder à tous les défenseurs des droits égaux risquerait d'entraver la conduite de l'instruction et de nuire, ainsi, à l'action répressive. Comme le soulignait M. Hugueney, dans sa note, ce n'est pas l'interdiction d'être assisté de plusieurs défenseurs qui est édictée, mais seulement la déclaration de régularité de la procédure lorsqu'un des conseils a été en mesure d'exercer les droits accordés à la défense. Le savant auteur espérait que jamais un jour notre législation ne reproduise la disposition insérée à l'article 124 du Code de procédure pénale italien, selon laquelle l'inculpé ou la partie civile doit être assisté d'un seul défenseur.

Le Code de procédure pénale n'avait rien indiqué sur ce point, dans sa première rédaction. L'ordonnance du 23 décembre 1958, en revanche, introduisait un deuxième alinéa à l'article 117 C.P.P. « Si l'inculpé ou la partie civile désignent plusieurs conseils, ils doivent faire connaître celui d'entre eux auquel seront adressées les convocations et notifications » (308).

Ainsi la loi a résolu ce problème en sacrifiant un peu du libéralisme de la jurisprudence, qui s'en remettait à la conscience du juge d'instruction pour apprécier si les formalités doivent être adressées à plusieurs conseils.

719. — La loi se borne donc à prescrire seulement ces avis, elle ne peut exiger l'efficacité de ces mesures. Il a pu être, dès lors, jugé que le fait pour un inculpé de choisir comme conseil un avocat très éloigné du lieu où s'effectue l'instruction ne saurait être pris en compte pour admettre à son profit une dérogation tirée de l'éloignement du conseil (309). La loi prescrit l'envoi d'un avertissement dans un certain délai, elle ne peut encore exiger l'efficacité de cette mesure.

C'est la même attitude, d'ailleurs, qui est adoptée lorsque le conseil n'est pas présent à l'acte. Il suffit que l'avocat ait été convoqué dans le délai, son absence ne saurait entraîner de retard dans la marche de l'instruction. La loi précise, à cet égard, que les interrogatoires doivent avoir lieu en présence des conseils, ou eux dûment appelés (art. 9 al. 2 de la loi du 8-12-1897, devenu art. 118 al. 1 C.P.P.). La Cour de cassation eut à rappeler cette disposition : la défaillance du défenseur ne peut entraîner la nullité de la procédure du moment qu'il a été mis à même d'assister à l'acte (310).

(308) Voir pour une application : Crim., 10 avril 1964, Bull. Crim., 1964, n° 166, p. 238. Dans le même sens, Crim., 5-1-1965 ; J.C.P. 1965.IV.17.

(309) Crim., 2-5-1903, D.P. 1905.I.23. Un inculpé devant le juge d'instruction de Charleville avait choisi un avocat aux conseils à Paris. L'avis ayant été adressé trois jours avant l'acte, la Cour de cassation n'a pu que constater la régularité de la procédure. Voir aussi Crim., 21 juin 1962 (Bull. Crim., 1962, n° 230, p. 469) qui décide que la procédure peut être mise à la disposition du conseil en un autre lieu que celui de l'interrogatoire.

(310) Crim., 16-11-1901, B. 280 ; Crim. 23-8-1906, B. 341.

Si l'avocat, ou le conseil, prend le parti de venir à l'interrogatoire, il convient de définir son rôle. Ainsi que l'indique la loi elle-même, il s'agit d'une présence. Le conseil a pour mission de constater que le juge d'instruction n'emploie ni ruse ni artifice malhonnête pour obtenir de l'inculpé des révélations sur les faits (311).

720. — C'est donc un rôle purement passif, destiné à assurer la régularité de l'exécution de l'acte. Il pourrait, toutefois, apparaître que cette intervention ne soit pas suffisante. Aussi est-il prévu que le conseil puisse prendre la parole au cours de l'interrogatoire. Pour ne pas gêner le juge d'instruction dans la conduite de l'information, cette faculté est subordonnée à l'autorisation préalable du magistrat. Cette disposition a été introduite pour éviter que certains conseils n'utilisent des manœuvres dilatoires. Mais pour respecter les droits accordés à la défense, la loi a prévu qu'il sera fait mention du refus du juge.

L'article 120 C.P.P. précise la limite des droits du conseil : « Le conseil de l'inculpé ne peut prendre la parole que pour poser des questions après y avoir été autorisé par le juge d'instruction. » L'objet de l'intervention est ainsi indiqué. Cette rédaction est plus nette que celle de l'article 9 al. 3 de la loi de 1897. Le conseil, désormais, peut seulement faire préciser par l'inculpé certains points demeurés obscurs ou pour apporter des compléments à sa déclaration.

Le juge dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation et, en cela, il est indépendant à l'égard de l'inculpé et de son conseil. Mais ce pouvoir n'est pas inconditionné. Le Code de procédure pénale renforce la disposition de la loi de 1897. Il n'était prévu dans ce texte que la mention au procès-verbal, de l'incident. L'article 120 al. 2 C.P.P. oblige à insérer ou à joindre au procès-verbal le texte des questions que le juge a refusé de poser. De cette manière, le conseil aura toute possibilité pour faire remarquer que tel ou tel point précis avait déjà été soulevé, et il ne pourrait lui être fait aucun reproche.

Un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour de Douai, rendu le 20 décembre 1897 (312), illustre le rôle du conseil. Si, en principe, l'avocat présent à l'interrogatoire exerce un contrôle muet, il a cependant la faculté de présenter des observations sous la seule condition d'y avoir été préalablement autorisé par le magistrat-instructeur.

Le juge d'instruction qui estime devoir refuser la parole à un avocat n'a pas à rendre d'ordonnance pour motiver son refus même si le défenseur de l'inculpé lui présente des conclusions écrites pour obtenir la parole. Il suffit que l'incident soit mentionné au procès-verbal comme le prescrit la loi. Cette non-exigence pour le juge de rendre une ordonnance a été reconnue par la Cour de cassation dans une autre affaire, où elle estime qu'aucune ordonnance n'est néces-

(311) Appréciation d'A. ESMEIN, note au S. 1900.II.299.

(312) Douai, 20-12-1897, D.P. 1898.II.16 ; S. 1898.II.145.

saire si la décision n'est susceptible d'aucun recours de la part de l'inculpé (313). La possibilité offerte de poser des questions sera beaucoup plus réelle que le conseil aura obtenu connaissance du dossier la veille de l'interrogatoire. Par là même est réalisée une participation plus complète à la procédure.

b) La connaissance du dossier :

721. — Deux séries de prescriptions permettent au conseil de savoir ce que contient le dossier de l'instruction : dans un cas, le dossier lui-même sera communiqué au conseil pour qu'il puisse en prendre note, dans l'autre, le conseil sera avisé de toutes les ordonnances rendues par le juge.

1. — La communication du dossier de la procédure.

La loi du 8 décembre 1897 a introduit cette manière de procéder en son article 10 al. 1 selon lequel « la procédure doit être mise à la disposition des conseils la veille de chacun des interrogatoires que l'accusé doit subir ». Cette disposition figure actuellement à l'article 118 al. 3 C.P.P. Le délai a été changé en la forme : au lieu de la veille, il est indiqué vingt-quatre heures au plus tard, ce qui permettrait au juge de communiquer le dossier un autre jour, sans qu'il n'en résulte de cause de nullité.

Cette communication doit toujours être effectuée avant qu'il soit procédé à un interrogatoire. Il est aisé de comprendre pour quelle raison nous nous sommes attachés avec minutie à déterminer ce qu'il fallait entendre par interrogatoire.

722. — Mais cette communication du dossier est édictée uniquement au profit du conseil de l'inculpé. Ce dernier ne pourrait pas se prévaloir de l'éloignement de son avocat pour obtenir la procédure. C'est ce qu'a admis, avec raison, la Cour de cassation dans un arrêt du 2 mai 1903 (314). « Aucune disposition légale n'impose au juge d'instruction l'obligation de communiquer la procédure en dehors des conditions déterminées par l'article 10 et l'arrêt a pu décider que le juge d'instruction pouvait légalement refuser de communiquer à l'inculpée elle-même le dossier de la procédure et de lui faire donner copie des pièces. »

De même, l'inculpé qui se défend seul ne peut non plus exiger la communication du dossier de la procédure. Un inculpé avait refusé d'être assisté au cours de l'information qui était menée contre lui. Cependant, il sollicitait la notification des avis des ordonnances du juge. La Cour de cassation a considéré que l'article 10 al. 2 devait être rattaché à l'article 10 al. 1 : puisqu'il avait refusé tout conseil, il ne pouvait avoir aucune connaissance de la procédure (315).

(313) Ainsi Crim., 31-8-1905, B. 430.

(314) Crim., 2-5-1903, D.P. 1905.I.23.

(315) Crim., 10-8-1906, D.P. 1909.I.23 ; Crim., 9-3-1911, B. 107.

Aucune exception ne pourrait être tirée de la circonstance que l'inculpé lui-même serait avocat. En effet, personne ne peut être son propre conseil dans son affaire : un inculpé n'a pas la qualité d'avocat de soi-même. C'est ce qu'a estimé la chambre criminelle dans un arrêt du 6 novembre 1952 (316). La Cour d'appel de Rennes avait, certes, aux débuts de l'application de la loi de 1897, admis que l'inculpé cumulait en fait sur sa tête les deux qualités d'inculpé et d'avocat (317). Mais la Cour de cassation n'a jamais admis d'extension pour l'accès au dossier de la procédure.

Cette mise à la disposition du conseil de la procédure doit être effectuée au moins vingt-quatre heures avant l'acte. La chambre criminelle a estimé que l'avis seul devait être parvenu avant et qu'il importait peu que le conseil n'ait pu réellement en prendre connaissance (318), ou même que la veille soit un dimanche (319).

L'étendue de ce texte a amené la Cour de cassation à en préciser deux points. Sur l'un, elle a adopté une attitude libérale, sur l'autre en revanche, elle a opté pour une interprétation stricte de la loi.

723. — Il a été fait preuve de libéralisme relativement au contenu du dossier. Le texte de la loi mentionne la communication et la Cour de cassation en a déduit que ce dossier devait contenir toute la procédure. C'est ce que révèle un arrêt du 15 avril 1904 (320). Si la loi prescrit de mettre la procédure à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires, il s'ensuit que tous les actes de l'instruction antérieurs doivent être communiqués la veille.

Un arrêt du 28 juillet 1958 (321) rappelle cette exigence que la procédure mise à la disposition du conseil doit, à peine de nullité, être complète. Parallèlement, d'ailleurs, était établie une présomption que toutes les pièces figurant au dossier avaient été mises à la disposition du conseil de l'inculpé. Dégagée dès un arrêt du 16 mars 1922 (322), cette solution a été reproduite à plusieurs reprises (323), notamment dans l'arrêt du 28 juillet 1958.

A l'inverse, en cas de réclamation, il y a preuve que tout le dossier n'a pas été communiqué. De cette obligation de communication, découle le fait qu'un interrogatoire ne peut porter sur des actes qui n'avaient pas été mis à la disposition du conseil. Cela se présente parfois à propos des confrontations. La Cour de cassation a tout d'abord admis que le juge d'instruction pouvait le même jour pro-

(316) Crim., 6-11-1952, J.C.P. 1953.II.7357, note Chambon.

(317) Rennes, 19-1-1898, D.P. 1898.II.250.

(318) Cf. Crim., 2-5-1903, D.P. 1905.I.23.

(319) Crim., 22-4-1921, B. 178 ; Crim., 14-11-1946, B. 201 et Crim., 22-8-1960, B. 411 ; J.C.P. 1960.II.11792 et rapport du conseiller Rolland.

(320) Crim., 15-4-1904, D.P. 1907.I.470.

(321) Crim., 28-7-1958, B. 589.

(322) Crim., 16-3-1922, B. 109.

(323) Ainsi Crim., 6-7-1922, B. 239 ; Crim., 27-12-1928, B. 316 ; Crim., 3-8-1935 ; D.P. 1937.I.94 ; Crim., 18-1-1951, B. 22. Voir aussi Crim., 21 juin 1962, Bull. Crim., 1962, n° 230, p. 469.

céder à une audition de témoins et le confronter avec l'inculpé sans qu'il en résulte de nullité. Telle était la solution d'un arrêt du 5 janvier 1901 (324). Mais, par la suite, la chambre criminelle a considéré que le juge d'instruction ne pouvait pas, lors d'un interrogatoire, poser à l'inculpé des questions sur des pièces ne figurant pas au dossier lors de sa communication au conseil (325).

La cour d'appel de Paris a pu annuler un interrogatoire qui avait porté sur des documents joints après la communication de la procédure au conseil (326). De même, la Cour de cassation admettait cette interprétation dans un arrêt du 30 novembre 1933 (327). Il était invoqué que l'interrogatoire devait être nul, car après la communication du dossier était parvenu un rapport de police dont les conseils n'avaient pu prendre connaissance. La chambre criminelle rejeta cette prétention en sous-entendant que l'interrogatoire n'avait pas porté sur ce document : « En prescrivant la mise à la disposition du conseil de l'inculpé de la procédure, la veille de chacun des interrogatoires, la loi n'a pu avoir en vue la communication de pièces qui ne figurent pas encore au dossier et sur lesquelles l'inculpé ne peut être interrogé » (328).

Cette interprétation devait, dès lors, interdire toute confrontation le jour même de l'audition du témoin, à moins qu'il ne s'agisse d'une confrontation pure et simple. Une intervention active du juge transformerait l'acte en véritable interrogatoire pour lequel les formalités n'ont pas été accomplies. C'est ce qui a été admis dans un arrêt du 30 juin 1904 (329). Après avoir constaté que la confrontation était devenue un véritable interrogatoire, la Cour de cassation annule la décision d'une Cour d'appel parce que « les dépositions recueillies et les pièces annexées à la procédure le jour même n'avaient pu être mises à la disposition du conseil et que, dans ces conditions, la communication constatée n'a été que partielle » (330).

724. — Ainsi, sur ce point, la Cour de cassation a adopté une position favorable aux droits de la défense en exigeant que le juge n'interroge en aucun cas sur des faits non communiqués la veille. En revanche, elle a considéré que c'était seulement à ce moment précis que devait avoir lieu la communication. Quelles que soient les circons-

(324) *Crim.*, 5-1-1901, D.P. 1901.I.113.

(325) *Crim.*, 3-4-1903, B. 147 ; D.P. 1906.I.455. En l'espèce, le juge avait reçu le jour même de l'interrogatoire des rapports d'expertise et en avait fait état dans les questions qu'il a posées. La Chambre criminelle, après avoir constaté ce fait, considère qu'« en faisant porter les interrogatoires sur ces documents sans que l'inculpé eût renoncé expressément au bénéfice des dispositions de l'article 10, al. 1, le juge d'instruction avait méconnu les dispositions dudit article ».

(326) *Paris*, 23-6-1931, D.P. 1933.II.118, note Leloir.

(327) *Crim.*, 30-11-1933, D.P. 1934.I.121, note Leloir ; S. 1936.I.153, note Hugueney.

(328) Cette motivation figure aussi dans *Crim.*, 28-7-1958, B. 589.

(329) *Crim.*, 30-6-1904, B. 288.

(330) Voir aussi *Crim.*, 25-11-1922, B. 388 et *Crim.*, 5-1-1956, B. 18.

tances où serait intervenu le dernier interrogatoire, ou quels que soient les actes parvenus au dossier, le juge d'instruction n'a pas à communiquer la procédure à un autre moment que la veille des interrogatoires.

La Cour de cassation a affirmé cette règle à de nombreuses reprises : « Si les actes de l'instruction doivent être communiqués la veille de tout interrogatoire, l'obligation de communiquer les actes subséquents ne prend naissance que dans le cas où il doit être procédé à un nouvel interrogatoire » (331).

Le juge aura, ainsi, la possibilité de joindre au dossier tous les actes qui lui parviendraient en exécution de commissions rogatoires antérieurement effectuées, ou même d'exécuter de nouveaux actes sans qu'il soit obligé de prescrire une nouvelle communication du dossier. Cette disposition a été renouvelée dans de nombreux arrêts.

Le 30 novembre 1933 (332), il est affirmé qu'aucune disposition de loi n'interdit au juge d'instruction de prendre des renseignements après le dernier interrogatoire et en l'espèce le juge avait pu valablement recevoir un rapport de police. Ce motif justifie aussi la non-communication d'une procédure jointe, alors qu'aucun interrogatoire n'est intervenu par la suite (333).

En matière militaire, il a été statué de la même manière (334). Un inculpé avait dès sa première audition choisi l'assistance d'un conseil, puis le juge avait fixé un interrogatoire pour lequel le conseil avait été refusée au motif que la désignation était intervenue postérieurement à l'ordonnance de soit-communiqué. Le lendemain, ce deuxième conseil sollicite du juge la communication de la procédure. Mais le magistrat avait déjà rendu l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la clôture de l'information. A l'appui du pourvoi, il était soutenu que la communication avait été refusée au motif que sa désignation était intervenue postérieurement à l'ordonnance de soit-communiqué. La chambre criminelle ne s'attacha pas à ce raisonnement, en remarquant que la loi a réglementé limitativement les hypothèses où la procédure doit être communiquée, et « le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que l'un de ses conseils n'ait pas reçu communication du dossier après le dernier interrogatoire » (335).

725. — L'article 118 C.P.P. ne permettra pas une attitude différente de la jurisprudence, puisque son texte même permet la communication de la procédure la veille de l'interrogatoire (336).

(331) *Crim.*, 15-4-1904, B. 186 ; D.P. 1907.I.470.

(332) *Crim.*, 30-11-1933, S. 1936.I.153, note Hugueney ; D.P. 1934.I.121, note Leloir.

(333) *Crim.*, 3-8-1935, D.P. 1937.I.94, note Leloir.

(334) *Crim.*, 1-3-1951, B. 68.

(335) Se réfère aussi à cette question l'arrêt de *Crim.*, 28-7-1958, B. 589.

(336) Voir pour une application *Crim.*, 27 février 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 96, p. 190, obs. Robert, *Rev. Sc. Crim.*, 1963, p. 568.

Cependant, la lecture de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 24 juin 1898 (337) laissait supposer une interprétation différente. Recherchant la nature de l'ordonnance de soit-communiqué, la Cour affirme que cet acte ne doit plus être considéré comme un acte de transmission ou de pure forme, depuis l'intervention de la loi de 1897. Cet acte doit, en effet, être communiqué au conseil de l'inculpé, car c'est « sur le vu de cette ordonnance que le conseil de l'inculpé, avisé par elle du règlement prochain de l'information, pourra réclamer utilement la communication de toutes les pièces du dossier, les examiner et produire les observations qu'il jugera nécessaires dans l'intérêt de la défense ». Toute la jurisprudence intervenue ultérieurement a démenti cette attitude libérale. En revanche, la jurisprudence a toujours admis le caractère juridictionnel de l'ordonnance de soit-communiqué.

Ainsi qu'on a pu le remarquer, ce que la loi n'a pas exigé en ne prescrivant pas un interrogatoire intervenant avant la clôture de l'information selon un principe que normalement l'inculpé devrait avoir droit à la parole le dernier, la jurisprudence l'a instauré sous l'aspect de l'ordonnance de soit-communiqué dont le caractère juridictionnel est reconnu.

Le conseil de l'inculpé sera, de cette manière, averti de la clôture prochaine de la procédure et il pourra faire valoir ses arguments pour que le juge puisse, le cas échéant, prescrire une nouvelle mesure d'instruction puisque le greffier doit donner avis de toute ordonnance juridictionnelle rendue par le juge d'instruction.

2. — *L'avis des ordonnances juridictionnelles.*

726. — L'article 183 C.P.P. dispose, en son premier alinéa : « Il est donné avis, dans les vingt-quatre heures, par lettre recommandée, aux conseils de l'inculpé et de la partie civile, de toutes ordonnances juridictionnelles. » Ce droit d'être tenu au courant des décisions du juge avait été reconnu par la loi du 8 décembre 1897 (article 10).

Mais la formule de ce texte était si vaste qu'elle risquait d'englober toute la procédure menée par le juge. Toute mesure prescrite par le magistrat prend le nom d'ordonnance puisqu'il s'agit d'une juridiction à juge unique. Dès lors, l'acte de transport sur les lieux est une ordonnance, et le juge ne peut agir différemment puisqu'il est dans l'obligation de prévenir le procureur.

Interprétée de manière extensive, cette disposition aurait ruiné toute l'efficacité de l'instruction préparatoire. Or, il était évident que tel n'était pas le vœu de la loi. Si le premier projet de réforme du Code d'instruction criminelle préconisait une procédure accusatoire, où l'inculpé aurait eu le droit d'assister à la confection de tous les actes, la loi du 8 décembre 1897 avait des ambitions plus modestes. Elle tendait à associer les parties à l'information, mais de manière limitée.

La circulaire ministérielle, du 10 décembre 1897 (338), devait inciter à une interprétation restrictive de la loi « Le terme ordonnance, y est-il énoncé, ne saurait évidemment s'appliquer indistinctement à toute mesure d'information »... « Ces ordonnances sont, dans mon opinion, celles qui ont un caractère juridictionnel... telles que celles statuant sur la compétence, la mise en liberté ou le refus de mise en liberté, de soit-communié ou de clôture ».

727. — C'est, en ce sens, que la Cour de cassation a interprété cette disposition législative. Par un arrêt du 24 juin 1898 (339), elle admettait qu'une ordonnance de soit-communié préalable à la clôture de l'information est une ordonnance juridictionnelle qui doit être communiquée au conseil de l'inculpé (340).

La position de principe devait être adoptée à propos des ordonnances prescrivant une expertise. La loi n'avait, à cet égard, rien prescrit. Seule la circulaire envisageait le problème. Bien qu'il paraisse que ces actes soient de pure instruction, la circulaire incitait les magistrats à en donner connaissance. Les cours d'appel étaient divisées sur ce point (341). La chambre criminelle, par deux arrêts du 5 janvier et du 16 février 1901 (342), devait mettre un terme à ce conflit en considérant que les actes ordonnant une expertise n'ont pas à être notifiés car il ne constituent pas des ordonnances juridictionnelles (343).

L'ordonnance juridictionnelle est donc un acte susceptible de faire grief à l'une des parties à l'instance.

Présente ce caractère une ordonnance d'incompétence du juge d'instruction, car elle peut faire grief aux intérêts du ministère public ou à ceux de la partie civile. L'ordonnance de dessaisissement, au profit d'un autre magistrat de l'ordre judiciaire, présente aussi cette caractéristique, car elle peut faire grief aux intérêts de l'inculpé. La Cour de cassation n'avait pas primitivement admis cet aspect (344), mais, depuis la promulgation du Code de procédure pénale, il est admis que l'ordonnance de dessaisissement est un acte par lequel le juge statue sur la compétence (345).

En ce qui concerne la mise en liberté de l'inculpé, ce même critère se vérifie. Le refus de mise en liberté fait grief à l'inculpé, et si la mise en liberté est ordonnée, le grief est fait aux intérêts de la partie publique. Celle-ci doit veiller à ce que la loi pénale soit appliquée,

(338) Circulaire du 10-12-1897, D.P. 1897.4.129.

(339) Crim., 24-6-1898, S. 1901.I.153, note Roux.

(340) Crim., 4-1-1934, D.P. 1934.I.121, note Leloir.

(341) Lyon, 8-6-1898, Douai, 26-11-1898 ; Paris, 7-3-1899 ; S. 1901.II.70.

(342) Crim., 5-1-1901, D.P. 1901.I.113 ; Crim., 17-2-1901 ; D.P. 1901.I.288.

(343) Cette attitude fut observée tout au long de l'application du Code d'instruction criminelle. Doivent être considérés comme des actes juridictionnels, ceux par lesquels le juge d'instruction tranche un litige, qu'ils soient ou non précédés des réquisitions du Ministère public.

(344) Cf. Crim., 11-9-1913, B. 437.

(345) Crim., 5-10-1961, B. 382. De même Crim., 20-10-1960, B. 466. Cf. GUYENOT, Rev. Sc. Crim., 1963, p. 279.

aussi doit-elle tout mettre en œuvre pour que l'inculpé demeure à la disposition de la justice. Si le juge spontanément ordonne la mise en liberté, l'inculpé ne peut se plaindre, pas plus que le ministère public qui aura été consulté. La partie civile ne peut invoquer de préjudice puisque ses intérêts civils ne sont pas mis en péril. C'est en ce sens que peut être interprété l'arrêt de la chambre criminelle du 23 février 1934 selon lequel il n'y a pas besoin de notifier à la partie civile une ordonnance portant mainlevée d'un mandat de dépôt (346).

728. — Quant aux actes de pure instruction, ils ne peuvent pas nuire directement à quelqu'un. Leur but étant la manifestation de la vérité, personne n'a intérêt à ce que la vérité demeure cachée. Ni le ministère public, ni la partie civile ne peuvent invoquer de grief. L'une comme l'autre espèrent des avantages de cette connaissance exacte. L'inculpé, lui-même, ne peut critiquer ces actes. Si on le présume innocent, ainsi qu'il convient de le faire en vertu de la déclaration des droits de l'Homme, la manifestation de la vérité sera pour lui le plus sûr moyen de prouver son innocence. Et même s'il est coupable, outre la prééminence du droit de la société sur l'individu, il importe de remarquer que la manifestation de la vérité permettra une meilleure compréhension de son acte et une répression mieux adaptée aux circonstances de l'infraction et à sa personnalité.

Ainsi les actes juridictionnels, qui seuls peuvent faire grief, doivent être communiqués aux conseils des parties (347). Il n'est pas nécessaire que cet acte soit susceptible d'appel de la part de l'une ou de l'autre des parties (348).

Les actes de pure instruction, bien que rendus sous la forme d'ordonnances, ne peuvent y être assimilés. Il arrive, toutefois, que le refus d'accomplir un acte d'instruction présente le caractère d'un acte juridictionnel. Il en est ainsi dans l'hypothèse d'une demande d'un examen médical ou médico-psychologique par l'inculpé (art. 81 al. 7). En ce cas, le juge ne peut refuser l'acte que par une ordonnance motivée. Bien que cette décision ne soit pas susceptible de voies de recours parce qu'elle n'est pas une expertise, son caractère juridictionnel n'est pas douteux. Le mérite de l'arrêt de la chambre criminelle du 29 avril 1960 (349) réside précisément dans la distinction qu'il opère entre « acte juridictionnel » et « acte susceptible de voie de recours ».

729. — La décision de refus d'accomplissement d'un acte doit être motivée, et c'est là un indice du caractère juridictionnel de l'acte. Une constatation identique peut être faite à propos de l'expertise.

(346) Crim., 23-2-1934, B. 112 ; D.H. 1934, p. 239. Voir déjà Paris, 20-7-1933 ; D.H. 1933, p. 561.

(347) Ainsi Crim., 9-1-1962, J.C.P. 1962.IV.26.

(348) En ce sens, si la solution de la Cour d'appel de Paris du 20-7-1933 (D.H. 1933.561) est juridiquement exacte, la motivation en est erronée.

(349) Crim., 29-4-1960, J.C.P. 1960.II.11658.

Si le juge d'instruction refuse de faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée. De même en est-il, à propos des décisions rendues par ce magistrat, lorsque les parties sollicitent un supplément d'expertise ou une contre-expertise (art. 167 al. 2 C.P.P.). D'ailleurs, les différentes ordonnances juridictionnelles rendues à propos de l'expertise (art. 156 al. 2, 167 al 2 et 159 al. 2 C.P.P.) sont susceptibles de voies de recours.

Ainsi, si la décision du juge prescrivant une mesure d'instruction demeure réellement un acte de pure instruction, dans certains cas le refus d'exécuter un acte d'instruction présente le caractère juridictionnel. Il est bien certain que le juge d'instruction doit, alors, en donner avis aux parties pour respecter la disposition de l'article 183 al. 1 C.P.P.

730. — C'est, d'ailleurs, à propos de cette communication, que la Cour de cassation a été amenée à annuler de nombreuses procédures dans lesquelles le juge avait simultanément donné avis de l'ordonnance de soit-communicé et de l'ordonnance de clôture. L'article 10 al. 2 de la loi de 1897 indiquait « il doit leur être immédiatement donné connaissance », et sur la base de ce texte, la Cour de cassation a considéré que cet avis devait être fourni avant l'exécution de tout autre acte ou décision. Telle était l'opinion fournie par Le Poittevin (350).

La chambre d'accusation de la cour d'appel de Rouen devait se prononcer en ce sens, le 12 juillet 1922 (351). Il était invoqué, en l'espèce, que le juge avait violé la loi en ce qu'il n'avait adressé l'avis de l'ordonnance que le lendemain. Mais la Cour constate que « l'envoi le lendemain satisfait suffisamment au vœu de la loi, alors qu'il apparaît qu'aucun autre acte d'information de l'affaire n'est intervenu ». Cette interprétation a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 janvier 1951 (352) : « Il n'est pas établi ni même allégué qu'entre le moment où l'ordonnance a été rendue et celui où le greffier en a avisé le conseil, le juge d'instruction ait procédé à aucun autre acte d'instruction. »

C'est sur cette base que la chambre criminelle a envisagé les nullités résultant de la signification le même jour des ordonnances de soit-communicé et de clôture.

Le 4 janvier 1913 (353), la Cour de cassation eut à connaître, pour la première fois, de ce problème. Le conseil avait été avisé en même temps des deux actes et il prétendait qu'il n'avait pu, dans ces conditions, produire les observations nécessaires à la défense. La chambre criminelle fit droit à cette demande en remarquant que « le conseil de l'inculpé n'a été avisé de l'ordonnance de soit-communicé qu'au moment où l'ordonnance de transmission de la procédure était déjà

(350) LE POITTEVIN, « Dictionnaire des Parquets, 1901 », Tome III, p. 355.

(351) Rouen, 12-7-1922, G.P. 1922.II.328.

(352) Crim., 11-1-1951, B. 15 ; J.C.P. 1952.II.6624.

(353) Crim., 4-1-1913, D.P. 1914.I.43 ; S. 1915.I.31.

rendue; qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité absolue d'intervenir dans l'intérêt de la défense, avant le règlement définitif de l'information ». La Cour de cassation a poursuivi cette interprétation, en considérant qu'il était nécessaire qu'un temps d'arrêt s'établisse avant le règlement de la procédure, sans que pour autant l'inculpé ou son conseil aient droit d'y accéder.

La permanence de cette solution est attestée par de nombreux arrêts (354). En fait, il suffira que le juge ait procédé à l'expédition des avis à vingt-quatre heures d'intervalle pour que les droits de la défense soient respectés, car ainsi le conseil ne pourra pas prétexter qu'il a été dans l'impossibilité de faire valoir ses observations.

731. — Il importe de se demander si cette interprétation sera maintenue sous l'empire du Code de procédure pénale. A la place du mot « immédiatement », le C.P.P. a substitué la formule que l'avis devait être donné dans les vingt-quatre heures.

Cette précision peut être considérée comme nuisible, car si le juge adressait l'avis au-delà de cette période, faudrait-il nécessairement prononcer la nullité de l'acte? Une telle sanction peut paraître trop forte. Il suffit, d'ailleurs, d'imaginer l'exemple suivant. Un juge prend une décision un samedi après-midi; il ne pourra expédier sa lettre recommandée que le lundi, soit trente-six heures après l'ordonnance. Il n'y a aucune raison pour considérer que le juge a volontairement éludé la loi, aussi vaut-il mieux, sur ce point, reprendre la solution ancienne à savoir que le juge ne doit dans le délai effectuer aucune mesure d'instruction.

C'est, en ce sens, que vient de statuer la chambre criminelle le 18 janvier 1962 (355), en cassant un arrêt d'une chambre d'accusation qui avait déclaré la nullité d'une ordonnance dont l'avis n'avait pas été transmis au conseil. « Le vice constaté n'affectait en rien la validité de l'ordonnance et n'autorisait pas la chambre d'accusation à annuler un acte en soi régulier. »

Toutefois, il est probable que la Cour de cassation ne reviendra pas sur son interprétation libérale permettant à l'inculpé et à son conseil d'intervenir avant la clôture de l'instruction. Il ne suffirait pas que l'avis de l'ordonnance de soit-communiqué soit expédié dans les vingt-quatre heures pour que le vœu de la loi soit respecté, il convient aussi que le juge ne clôture pas son instruction pendant l'écoulement de ce délai.

L'interprétation donnée par la chambre criminelle, dans un arrêt du 12 novembre 1959 (356), permet d'assurer la survivance des solu-

(354) *Crim.*, 23-4-1958, B. 336. Voir aussi *Crim.*, 10-2-1923, B. 62 ; *Crim.*, 30-4-1925, B. 138 ; *Crim.*, 9-2-1950, B. 48 ; *Crim.*, 15-6-1950, B. 189 ; *Crim.*, 1-3-1951, B. 68 ; *Crim.*, 28-4-1953, B. 140 ; *Crim.*, 11-5-1954 ; R. Droit pénal, p. 300. De même *Crim.*, 27 déc. 1963, J.C.P. 1964.II.13543.

(355) *Crim.*, 18-1-1962, J.C.P. 1962.II.12563, note P.J. Doll. Voir aussi *Crim.*, 20 février 1963, J.C.P. 1963.II.13392 note Chambon ; *Crim.*, 15 juillet 1964, Bull. *Crim.*, 1964, n° 233, p. 494.

(356) *Crim.*, 12-11-1959, J.C.P. 1960.II.11405.

tions antérieures. En l'espèce, était invoquée l'absence de délai entre deux actes : les récépissés postaux démontraient que les deux avis avaient été adressés le même jour. En s'en tenant à la lettre de l'article 183 al. 1 C.P.P., la Cour de cassation aurait pu rejeter la demande au motif que la loi ne prévoit aucunement de délai entre les actes, mais uniquement le moment de leur signification. En l'espèce, le formalisme était accompli. Au lieu de cet argument facile, la chambre criminelle a recherché la véritable nature de l'ordonnance de soit-communié rendue dans l'affaire et a considéré qu'il ne pouvait s'agir d'une ordonnance juridictionnelle.

Ainsi se réalise la participation de l'inculpé à la procédure d'instruction. Dans certaines hypothèses même, la loi a permis un contrôle des actes du juge d'instruction. Pour ce faire, l'inculpé défèrera devant la juridiction supérieure d'instruction les actes critiqués, par la voie de l'appel.

B. — LE DROIT D'APPEL DE L'INCUPLÉ.

732. — Le Code d'instruction criminelle, dans sa rédaction de 1808 n'offrait pas à l'inculpé la possibilité de faire appel des actes du juge. Les inculpés avaient alors tenté de faire reconnaître de *facto* un droit d'appel. Mais la Cour de cassation refusa de faire droit à une demande présentée à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel (357). Cette doctrine a été renforcée par un autre arrêt du 7 novembre 1816 (358), qui affirme : « Hors les cas de demandes en liberté provisoire sous caution, les chambres du conseil des tribunaux ne peuvent jamais rendre au préjudice d'un prévenu que des ordonnances d'instruction ou des ordonnances qui, sans régler définitivement la compétence, ne font que l'indiquer, que ces ordonnances ne pourraient donc être susceptibles d'opposition ou d'appel de la part du prévenu que par une disposition formelle de la loi, mais que ce droit ne lui est point accordé par l'article 135 C.I.C. ».

La chambre criminelle reconnaît alors que la seule hypothèse où l'inculpé serait admis à formuler quelque grief résulte de l'article 539 (compétence). En dehors de ce cas, la loi ne peut admettre une extension du droit d'appel, sans par là même lui procurer « un moyen d'entraver la marche de l'instruction et de paralyser ainsi l'action de la vindicte publique » (359). Cette même attitude est observée lorsque l'inculpé prétend que l'infraction reprochée est une contravention et non un délit (360).

(357) Crim., 30-12-1813, S. chronologique 1812-1814, p. 497.

(358) Crim., 7-11-1816, S. chronologique 1815-1818, p. 244.

(359) Motifs de l'arrêt du 7-11-1816 précité.

(360) Crim., 14-5-1819 cité par F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome V, n° 2107, p. 158 (non imprimé). Voir aussi Crim., 3-9-1824 (J.P., T. XVIII, p. 1031) refusant le droit d'appel d'un coïnculpé contre une ordonnance de non-lieu rendue en faveur d'un coïnculpé. Voir aussi les décisions de Cour d'appel citées par F. HÉLIE, *op. cit.*, T. V, n° 2107.

733. — La plupart des auteurs ont accepté cette interprétation jurisprudentielle du silence du législateur.

Faustin Hélie se dresse, pratiquement seul, pour défendre l'opinion inverse et suggérer une réforme, sur ce point, de la législation criminelle. Invoquant d'une part que le droit d'appel est général et d'autre part qu'aucun texte n'en interdit l'application, il estime que le C.I.C. n'a pu adopter une position moins libérale que ne l'étaient les ordonnances de 1539 et de 1670. Or, ce dernier texte permettait l'appel de certains actes préparatoires. Il réfute aussi tous les arguments présentés en faveur d'une interprétation restrictive. Si l'on prétend que les actes sont de pure instruction, il n'est pas admissible d'établir une discrimination entre l'inculpé et les autres parties au procès. Le ministère public et la partie civile conservent la possibilité d'intervenir ultérieurement et de présenter les arguments favorables à leur thèse.

On a fait valoir, aussi, qu'en matière correctionnelle l'inculpé ne saurait avoir plus d'avantage que s'il était cité directement devant la juridiction de jugement. Mais, en réalité, ayant fait l'objet d'une instruction, il se présente sous un jour défavorable et il a pu subir une détention. Il a donc tous les inconvénients de l'instruction, sans en tirer aucun avantage puisque la procédure est secrète à son égard.

Enfin, à l'argument que le droit de l'inculpé gênerait la conduite de l'information et la marche de l'action publique, Faustin Hélie répond de la manière la plus libérale qui soit : pour désirable que soit la prompte expédition des affaires « doit-elle, pour hâter le terme de l'instruction, risquer de blesser les droits de la défense ou de l'action publique ? » (361).

734. — La Cour de cassation n'en a pas moins poursuivi son interprétation stricte, que la loi a d'ailleurs confirmée (362). L'article 135 C.I.C., a été, en effet, modifié par la loi du 17 juillet 1856. Ainsi que l'indique l'exposé des motifs, cette loi s'est efforcée « de résumer les applications les plus générales de la jurisprudence, sans vouloir aller au-delà » (363). En même temps, il était précisé que « le droit d'opposition (d'appel) est tiré des principes généraux du Code » et que « plus le pouvoir du juge instructeur reçoit d'extension plus il importe d'affirmer le droit qui se place à côté de lui et défère ses écarts à la censure d'une juridiction supérieure et souveraine ». Malgré ces affirmations de principe, la loi ne consacre le droit d'appel de l'inculpé qu'aux « deux seuls cas où il soit possible de l'admettre » (364) : en matière de liberté provisoire et en matière de compétence (art. 539).

Toute l'action de la jurisprudence va consister à éviter un détournement des deux moyens ouverts à l'inculpé, pour tenter un contrôle

(361) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome V, n° 2108, p. 162.

(362) Ainsi Crim., 24-9-1854 (B. 289) qui accepte l'appel de l'inculpé uniquement dans l'hypothèse de l'article 539 et le rejette en toute autre matière.

(363) Exposé des motifs, D.P. 1856.4.126, n° 15.

(364) Exposé des motifs, D.P. 1856.4.126, n° 15 *in fine*.

des actes d'instruction. Le Code de procédure pénale n'a pas mieux reconnu un droit général pour l'inculpé de faire contrôler les actes du juge d'instruction. Et si de nouveaux cas d'ouverture du droit d'appel sont reconnus, les premières interprétations jurisprudentielles manifestent une opposition à toute tentative d'extension.

1. — *La jurisprudence rendue en application de l'article 135 C.I.C.*

735. — L'article 135 al. 3 C.I.C. disposait « Le prévenu ne pourra interjeter appel que des ordonnances rendues en vertu de l'article 114 et dans le cas prévu par l'article 539 ».

En matière de mise en liberté provisoire, la jurisprudence s'est montrée restrictive. Puisque le texte de loi permet l'appel en vertu de l'article 114, aucune autre cause de mise en liberté ne peut être invoquée. C'est ce qui a été décidé par la chambre criminelle dans un arrêt du 3 janvier 1861 (365), aux termes duquel l'ordonnance maintenant un mandat de dépôt décerné contre un inculpé n'est pas susceptible d'appel. Le mandat de dépôt, en effet, ne figure pas parmi les matières prévues aux articles 114 et 539 C.I.C. Il est nécessaire que ce soit à la suite d'une demande de l'inculpé qu'une ordonnance statue sur la liberté pour que le juge du deuxième degré soit saisi. En réalité, ce point n'a pas suscité beaucoup de difficultés (366). Il n'en est pas de même de la deuxième hypothèse prévue par l'article 135.

736. — Selon un arrêt de la chambre criminelle du 30 mars 1939 (367), l'inculpé est admis à utiliser la voie de recours instituée à l'article 539 quelle que soit l'ordonnance du juge : qu'il ait déclaré retenir la connaissance de l'affaire au fond, ou au contraire qu'il ait estimé devoir s'en dessaisir.

Pour utiliser cette voie de recours, la Cour de cassation a toujours estimé que l'inculpé devait avoir, au préalable, présenté un déclinatoire de compétence devant le juge d'instruction. En effet, cette voie de droit est offerte à la condition que le juge ait été mis en mesure de statuer sur sa compétence. Le recours est donc possible à l'encontre d'un acte juridictionnel du juge d'instruction, qui ne serait pas conforme aux souhaits des parties.

Cette nécessité déjà formulée dans un arrêt de 1862 (368) a été rappelée fréquemment. Un arrêt du 1^{er} août 1902 (369) pose le problème de manière très nette en spécifiant que l'opposition aux ordonnances du juge d'instruction pour cause d'incompétence n'est recevable qu'autant que ce moyen a fait l'objet d'un déclinatoire devant le

(365) Crim., 3-1-1861, B. 1.

(366) Voir pour l'appel relatif à une ordonnance statuant sur la mise en liberté provisoire Crim., 7-7-1916, B. 151 où il est affirmé que le juge d'instruction ne pouvait mettre à néant le droit de l'inculpé en clôturant l'information avant l'expiration du délai d'appel.

(367) Crim., 30-3-1939, B. 72.

(368) Crim., 3-7-1862, B. 161.

(369) Crim., 1-8-1902, B. 266.

premier juge. A nouveau, ce motif est mentionné dans un arrêt du 6 mars 1958 (370). En cette hypothèse, d'ailleurs, le pourvoi est irrecevable (371).

Si l'inculpé a présenté un déclinatoire de compétence, il peut faire appel de la décision, même s'il s'agit d'une ordonnance de renvoi en police correctionnelle (372).

En ce cas, l'ordonnance du juge statuant sur le déclinatoire doit être notifiée à l'inculpé même si elle est rendu en fin de procédure, en même temps que l'ordonnance de transmission de pièces au procureur général (373).

Si le juge omettait de statuer sur les moyens d'incompétence proposés, l'inculpé serait admis à faire appel de l'ordonnance de clôture. C'est ce qui fut jugé le 18 juin 1959 (374) : le juge d'instruction étant tenu d'examiner les moyens d'incompétence, l'inculpé pouvait faire appel d'une ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement.

737. — Mais la jurisprudence a veillé à ce que la notion de compétence ne soit pas entendue de manière trop large. Une chambre d'accusation ne pourrait pas, à ce propos, connaître d'un dessaisissement motivé par une prétendue litispendance (375). De même, l'inculpé ne pourrait pas, par ce moyen, obtenir une décision de non-lieu (376).

Au lieu de placer le débat sur le terrain même de la compétence territoriale, il fut invoqué l'incompétence d'attribution. Les faits soumis au juge ne présentent aucun caractère de crime ou de délit et le juge d'instruction est incompétent pour en connaître. En réalité, par ce moyen, les inculpés tentent d'obtenir une ordonnance de non-lieu.

La Cour de cassation ne s'est pas laissé abuser par ce procédé. Par un arrêt du 28 janvier 1921 (377), elle reconnaît que l'ordonnance du juge d'instruction rejetant les conclusions du prévenu tendant à faire prononcer que les faits ne constituaient ni crime ni délit, ne peut être frappée d'appel par le prévenu. Pour avoir déclaré une telle demande recevable, l'arrêt d'une chambre d'accusation fut cassé (378). Cette position a été maintenue par la chambre criminelle ainsi qu'en témoignent quatre arrêts ultérieurs (379).

(370) Crim., 6-3-1958, B. 229. Voir aussi Crim., 5-11-1957, B. 701 ; Crim., 19-4-1951, B. 107 ; Crim., 15-3-1936, B. 32 ; Crim., 2-5-1924, B. 184 ; Paris, 7-11-1913 et 20-1-1914 ; D.P. 1914.II.106.

(371) Voir Crim., 29-4-1958, B. 352 et la chronique de M. BROUCHOT, J.C.P. 1944.I.426.

(372) Crim., 7-11-1912, B. 535 ; Crim., 7-6-1913, B. 273 ; Crim., 13-7-1916, B. 155.

(373) Crim., 7-5-1952, B. 119.

(374) Crim., 18-6-1959, B. 321.

(375) Crim., 9-1-1925, B. 10.

(376) Voir pour une espèce assez complexe, Crim., 8-1-1953, B. 6.

(377) Crim., 28-1-1921, B. 46. Voir aussi Paris, 17-6-1921 ; D.P. 1921.II.140.

(378) Crim., 23-3-1933, B. 64 ; D.H. 1933.254.

(379) Crim., 24-7-1957, B. 572. De même Crim., 11-7-1957, B. 556 ; Crim., 2-3-1954, B. 93 ; Crim., 21-12-1937 ; D.H. 1938, p. 149.

Pareillement, la Cour de cassation a refusé toute extension de la notion de « déclinatoire de compétence », en n'y assimilant pas une requête en suspicion légitime. Le 22 décembre 1953 (380), il était soutenu que l'appel était possible à l'encontre d'une requête en suspicion légitime, tendant à dénier au juge, pour des raisons personnelles, le pouvoir de connaître du fond. Cette demande fut rejetée, peut-être de manière formelle car la réalité de cette requête était contestée. Il semble, cependant, que la Cour de cassation ait voulu manifester son opposition à une assimilation car elle avait décidé le 7 mai 1952 (381) que l'appel contre une ordonnance de renvoi était possible si l'inculpé avait présenté un déclinatoire devant le juge. En réalité, si la chambre criminelle n'a pas recherché l'existence de la requête, c'est parce qu'elle a estimé devoir rejeter la demande. L'article 539 C.I.C. permet l'appel d'une ordonnance de compétence : il s'agit uniquement de la compétence objective et non de la compétence liée à la personne même du magistrat chargé de l'information (382).

738. — En dehors des deux cas de l'article 135 C.I.C., la Cour de cassation a rejeté toutes les demandes. Ainsi en est-il lorsque l'inculpé présente des demandes tendant à l'irrecevabilité de l'action publique ou de l'action civile.

En ce qui concerne l'irrecevabilité de l'action publique, la question a été soulevée à propos de l'exception de prescription. Par un arrêt du 6 janvier 1905, la chambre criminelle reconnut qu'une chambre d'accusation avait, à bon droit, déclaré l'appel de l'inculpé irrecevable puisqu'il ne se trouvait pas dans une des hypothèses réglementées par la loi (383). De même la Cour de Paris devait rejeter cette question de la prescription (384).

Mais quelques années plus tard, la Cour de cassation en décida différemment. Une information avait été ouverte du chef de vol et de recels. En l'absence d'éléments suffisants pour établir la culpabilité, le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu. L'inculpé fit appel de cet acte en prétendant que l'ordonnance devait être réformée, car l'action publique était irrecevable puisque l'inculpée était l'épouse du plaignant. La cour d'appel accueillit cette demande et réforma l'ordonnance. Le procureur général forma un pourvoi en cassation contre cette décision, mais la chambre criminelle le rejeta par un arrêt du 30 décembre 1932 (385). Pour justifier cette position, il est énoncé que « l'article 380 du Code pénal édicte un principe d'irrecevabilité

(380) Crim., 22-12-1953, B. 352.

(381) Crim., 7- 5-1952, B. 119.

(382) Voir dans un domaine voisin Crim., 24-3-1926, D.P. 1927.I.165.

(383) Crim., 6-1-1905, B. 6 (l'arrêt fut toutefois cassé pour contradiction de motifs).

(384) Paris, 20-1-1914, D.P. 1914.II.106.

(385) Crim., 30-12-1932, B. 268 ; S. 1933.I.273, note Tortat ; D.P. 1934.I.127, note Leloir. Voir aussi ROUSSELET, PATIN, ANCEL. Code pénal annoté, article 380, n^{os} 5 et 6.

de l'action pénale qui s'impose à la juridiction d'instruction comme à la juridiction de jugement et qu'elle ne saurait enfreindre sans violer les règles de sa compétence ». Par ce biais, le problème est rattaché à la compétence, ce qui justifie le droit d'appel de l'inculpé. Les auteurs ont manifesté leur étonnement devant cette solution inaccoutumée (386).

Tortat, cependant, reconnaissait que cette décision était conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle résultait d'un arrêt du 28 septembre 1854 en matière de compétence (387), admettant même les moyens tirés de la nature du fait. Mais, en 1921, la Cour de cassation avait rejeté comme ne rentrant dans le cadre de l'incompétence, les conclusions tendant à faire dire que le fait visé n'était susceptible d'aucune qualification pénale. La Cour de cassation devait, d'ailleurs, revenir sur une telle interprétation par un arrêt Veuve Guidon du 12 mai 1944 (388), où elle refuse de reconnaître à l'exception tirée de l'immunité de l'article 380, le caractère d'incompétence.

739. — Il en serait de même si l'inculpé invoquait tout autre motif d'irrecevabilité de l'action publique. La cour d'appel de Paris avait déclaré recevable l'appel formé par l'inculpé contre une ordonnance du juge statuant sur une cause d'irrecevabilité de l'action publique. Par un arrêt du 19 mai 1933 (389) elle déclare qu'il s'agit d'un problème de compétence. Dans cette affaire, la Cour de cassation n'eut pas à se prononcer sur ce point. Mais quelques années plus tard, il était invoqué devant elle qu'une chambre d'accusation avait refusé de considérer comme déclinatoire de compétence, une demande tendant à faire décider que l'action publique était prescrite. La chambre criminelle, par un arrêt du 13 février 1937 (390) refusa cette assimilation car le juge avait joint l'incident au fond, ne s'estimant pas suffisamment éclairé. N'étant pas une décision statuant sur la compétence, l'appel avait pu être déclaré irrecevable. Dans un arrêt rendu la même année, la chambre criminelle explicite pourquoi ces conclusions ne peuvent être assimilées à un déclinatoire de compétence. « Lorsque l'action publique est prescrite, le fait incriminé n'est plus légalement punissable, il ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention aucune peine n'étant encourue; en ce cas, le juge d'instruction doit rendre une ordonnance de non-lieu (art. 128 C.I.C.)... les conclusions prises par l'inculpé constituaient donc non un déclinatoire de compétence mais des conclusions aux fins de non-lieu (391).

(386) Ainsi LELOIR (D.P. 1934.I.128) et BROUCHOT, note au J.C.P. 1947.II.3996.

(387) Crim., 28-9-1854, S. 1854.I.609.

(388) Crim., 12-5-1944 non publié mais cité par BROUCHOT, J.C.P. 1947.II.3996.

(389) Paris, 19-5-1933 rapporté avec Crim., 2-2-1934, D.P. 1934.I.169, note Leloir approuvant cette décision conforme à l'arrêt de 1932 (cf. S. 1936.I.33, note Legal).

(390) Crim., 13- 2-1937, B. 29 ; S. 1937.I.393, note Legal.

(391) Crim., 24-11-1937, B. 216 ; D.H. 1938.100. Voir aussi Crim., 28 janvier 1964, Bull. Crim., 1964, n° 29, p. 66.

Ainsi est nettement précisée la nature des conclusions tendant à l'irrecevabilité de l'action publique : elles veulent aboutir au prononcé d'une ordonnance de non-lieu, et comme la Cour de cassation l'avait déjà décidé en 1921, de tels actes ne peuvent être considérés comme déclinant la compétence du magistrat (392).

Comme l'affirme M. Legal (393), c'est probablement parce que les droits de la défense ne se trouvent pas atteints au stade de l'instruction que la loi n'autorise pas l'appel de l'inculpé. Si tel est le fondement, il se manifeste également pour les conclusions tendant à déclarer l'action civile irrecevable. En pareille hypothèse, l'inculpé possède toute latitude pour discuter les moyens ultérieurement, aussi n'est-il pas nécessaire d'étendre le droit d'appel.

740. — Le 24 août 1911 (394), la Cour de cassation affirme que le dispositif d'un arrêt d'une chambre d'accusation était légalement justifié indépendamment des motifs invoqués. Or, en l'espèce, cette chambre d'accusation avait refusé de déclarer une partie civile irrecevable au motif que l'inculpé n'aurait pu faire appel de l'ordonnance par laquelle le juge statuait sur cette constitution. Bien que cet arrêt ne résolve pas directement cette question, il laisse entrevoir la solution qu'adoptera la chambre criminelle. Le 12 décembre 1912 (395), il devait, en effet, être décidé que l'appel était irrecevable lorsqu'il est formé par l'inculpé à l'encontre d'une ordonnance du juge d'instruction statuant sur des conclusions relatives à la recevabilité de la constitution d'une partie civile.

Cette solution devait être maintenue dans de nombreux arrêts ultérieurs (396). Leloir indiquait que cette position conforme à la lettre même de l'article 135, n'était pas nécessairement équitable. Admettre une constitution de partie civile peut porter préjudice à l'inculpé et avoir pour lui de fâcheuses conséquences. Cependant, un arrêt du 9 octobre 1957 (397) déclare irrecevable le pourvoi formé contre une décision du juge d'instruction acceptant une constitution de partie civile malgré les observations de l'inculpé.

741. — L'intervention de l'inculpé n'a pas mieux été acceptée lorsque celui-ci découvrait en cours d'instruction des causes de nullité relatives aux actes. La chambre criminelle affirme que l'inculpé n'est à aucun moment autorisé à saisir la chambre d'accusation, soit par la voie de l'appel prévu à l'article 135 C.I.C., soit par voie de requête ou de tout autre acte concluant à la nullité, de la connaissance

(392) Voir aussi Crim., 16-2-1943, J.C.P. 1943.II.2313, note Brouhot.

(393) LEGAL, note S. 1937.I.393.

(394) Crim., 24-8-1911, D.P. 1912.I.422.

(395) Crim., 12-12-1912, B. 631.

(396) Ainsi Crim., 16-7-1927, B. 180 ; S. 1929.I.315 ; Crim., 7-4-1932, B. 96 ; D.P. 1933.I.127 ; D.H. 1932.317.

(397) Crim., 9-10-1957, B. 612. Voir toutefois Crim., 5 avril 1962, Bull. Crim., 1962, n° 167 et la référence.

des vices pouvant affecter l'information préalable (398). Cette position est admise même si l'inculpé intitule son acte « conclusions d'incompétence » (399). C'est qu'en effet la cause de nullité ne peut nuire à l'inculpé puisqu'il peut toujours présenter sa demande même devant une juridiction de jugement (400).

Ce motif fera échouer toute possibilité de critiquer une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police. Les juridictions de jugement sont, en effet, indépendantes à l'égard des juridictions d'instruction en ce qu'elles peuvent qualifier différemment les faits et même reconnaître qu'ils ne sont susceptibles d'aucune qualification légale.

Cette solution avait déjà été fournie antérieurement à la promulgation de la loi du 17 juillet 1856 : l'ordonnance de la chambre du conseil est seulement indicative de juridiction. Dès lors, l'inculpé conserve le droit de présenter toutes exceptions devant le tribunal saisi (401). Faustin Hélie aurait préféré que ce droit soit entendu de manière large, mais ses réflexions étaient uniquement destinées à savoir si une modification législative ne serait pas opportune (402). Aussi était-il amené en tant que président de la chambre criminelle à rejeter la demande d'un inculpé : « Les dispositions de l'article 135 C.I.C. étant limitatives, il ne peut être formé d'appel contre une ordonnance de renvoi » (403).

Avec l'intervention de la loi du 8 décembre 1897, des inculpés espéraient que la jurisprudence serait moins rigide puisque était organisée une certaine contradiction de l'instruction. Mais la défaveur pour ce texte se manifesta aussi sur ce point. Un arrêt du 29 novembre 1900 (404) insiste sur le fait que les voies de recours instituées par le C.I.C. n'avaient pas été modifiées par la loi de 1897 (405).

Quelles que soient les prétentions de l'inculpé, l'appel ne sera pas déclaré recevable même si les agissements devaient relever de la connaissance de la cour d'assises et non du tribunal correctionnel. L'ordonnance de renvoi étant seulement indicative de juridiction, le tribunal doit, d'abord, statuer sur sa compétence avant de procéder à l'examen du fond de l'affaire (406). L'inculpé ne pourrait pas même critiquer une ordonnance qui aurait omis de statuer sur certains chefs requis par le ministère public. Le 11 septembre 1913, il a été décidé qu'en l'espèce l'inculpé n'avait aucun intérêt à obtenir l'annulation

(398) Crim., 17-11-1900, B. 340 ; D.P. 1901.I.253.

(399) Crim., 24-11-1937, B. 214.

(400) Crim., 16-11-1950, B. 256.

(401) Crim., 26-4-1855, B. 139.

(402) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome V, n° 2108.

(403) Crim., 4-7-1873, B. 182 ; D.P. 1873.I.387. De même Crim., 19-3-1875, B. 97 ; D.P. 1876.I.91.

(404) Crim., 29-11-1900, B. 352.

(405) De même Aix, 9-1-1905, D.P. 1909.II.54 et Crim., 28-11-1925, B. 326.

(406) Crim., 18-3-1937, B. 55 ; Crim., 16-2-1949, B. 62.

de cette ordonnance du moment qu'il pouvait présenter ses arguments devant la juridiction de jugement (407).

742. — L'appel de l'inculpé n'a pas mieux été admis en matière de restitution de documents saisis.

Avant les réformes intervenues en 1933 et en 1935, aucun texte ne réglait cette hypothèse. En pratique, le juge l'ordonnait lorsque les documents ne lui semblaient pas utiles à la manifestation de la vérité. L'inculpé peut certainement adresser au juge des observations, mais il ne bénéficie pas de voies de recours puisque l'article 135 n'a rien prévu en ce cas. Telle est la position adoptée dans un arrêt du 14 janvier 1915 (408).

La même attitude a été observée après la réglementation d'une procédure particulière. Aux termes de l'article 89 al. 6 C.I.C., toute personne prétendant droit sur un objet placé sous main de justice peut en réclamer restitution au juge d'instruction et sur son refus à la chambre d'accusation statuant sur simple requête, cependant l'article 135 demeurerait étranger à cette réforme.

Le 12 juin 1947 (409), la chambre criminelle eut à connaître d'une difficulté née de l'application de ce texte. Un juge d'instruction avait autorisé, par voie d'ordonnance, une banque à payer certains chèques à une partie civile. L'inculpé voulut faire appel de cette décision, mais la chambre d'accusation déclara sa requête irrecevable. La Cour de cassation confirma cette interprétation puisque l'inculpé ne se trouvait dans aucun des cas visés par l'article 135.

Les documents placés sous main de justice peuvent être restitués souverainement par le juge d'instruction, car cette procédure est gracieuse. Les parties peuvent présenter leur requête sans former véritablement appel. Cet aspect est aussi révélé à propos des ordonnances de saisies, dont l'inculpé ne peut faire appel (410).

Puisque l'extension du droit d'appel n'a pas été admise à propos d'actes juridictionnels, la même attitude devait être observée à propos d'actes d'instruction et d'actes de pure administration de la justice.

743. — La question s'est posée à propos de l'ordonnance de dessaisissement. Puisque plusieurs chefs de compétence territoriale sont offerts par la loi, il peut arriver que l'information soit ouverte en plusieurs lieux. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, un juge se dessaisit. Normalement, l'inculpé devrait pouvoir exercer une voie de recours à l'encontre de cet acte.

Le 16 juin 1910 (411), il était invoqué, à l'appui d'un pourvoi que l'appel pouvait être exercé à l'encontre d'une ordonnance intervenue sur une question préjudicielle civile ou administrative. Mais la Cour

(407) Crim., 11-9-1913, B. 437 (la juridiction de jugement ne peut étendre les poursuites à des faits dont le juge d'instruction ne s'est pas encore dessaisi).

(408) Crim., 14-1-1915, B. 9 ; D.P. 1919.I.72.

(409) Crim., 12-6-1947, B. 149 ; J.C.P. 1947.II.3996, note Brouhot.

(410) Ainsi Crim., 13-6-1956, B. 465 ; Crim., 27-10-1959, D. 1960.261.

(411) Crim., 16-6-1910, B. 306.

de cassation rejeta cette prétention puisque le juge ne s'était pas dessaisi. Il fut statué, quelque temps après, qu'une ordonnance n'avait pas le caractère juridictionnel lorsque le juge reconnaissait sa compétence (412).

La Cour de Rouen, par un arrêt du 20 janvier 1916 (413), a précisé les droits de l'inculpé en pareille hypothèse. Le juge d'instruction de Rouen menait une information sur des vols commis dans cette localité. Il apprend que son collègue d'Orange était requis pour des vols similaires. Il se dessaisit alors et l'inculpé voulut former appel de cet acte. Le procureur général soutint l'irrecevabilité de cette réclamation, car elle n'était pas comprise dans l'article 135. Il fut alors décidé que le juge d'instruction n'avait pas reconnu son incompétence mais s'était dessaisi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Toutefois, une ordonnance de dessaisissement aurait le caractère d'une ordonnance de compétence, si l'affaire était renvoyée devant une juridiction militaire. Bien qu'un arrêt du 5 janvier 1950 (414) ait été rendu à propos du droit d'appel de la partie civile, il semble qu'une solution identique aurait été consacrée en faveur de l'inculpé.

744. — Ainsi, tout au long de l'application du Code d'instruction criminelle, la Cour de cassation a appliqué de manière restrictive l'article 135 relatif au droit d'appel de l'inculpé. Cette constatation est, du reste, confirmée à propos des requêtes à fin d'amnistie.

Par un arrêt du 29 mars 1955 (415), la chambre criminelle casse l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé d'admettre l'appel formé par l'inculpé à l'encontre d'une ordonnance rejetant une requête en amnistie. Il était soutenu au pourvoi les arguments classiques tendant à faire rentrer cet acte dans la catégorie juridique des ordonnances relatives à la compétence, et, en outre, que l'article 135 C.I.C. s'appliquait seulement aux matières régies par le C.I.C. et nullement aux lois spéciales comme les lois d'amnistie.

Cette dernière prétention fut retenue par la Cour de cassation. « Lorsque la requête aux fins d'amnistie prévue par l'article 44 de la loi du 6 août 1953 est présentée au juge d'instruction, la décision intervenue bien que n'étant pas rendue en matière de liberté provisoire ou de compétence, est soumise aux voies de recours ordinaires prévues par la loi, par dérogation aux dispositions de l'article 135 C.I.C. ». La même solution devait être admise dans un arrêt du 17 mai 1955 (416).

Ce faisant, il n'était pas consacré une extension de l'article 135 puisque le motif est tiré de la loi d'amnistie elle-même prévoyant que

(412) Crim., 11-9-1913, B. 437.

(413) Rouen, 20-1-1916, D.P. 1917.II.68.

(414) Crim., 5-1-1950, B. 4. Voir les remarques de M. GUYENOT, *Rev. Sc. Crim.*, 1963, p. 279.

(415) Crim., 29-3-1955, B. 187, D. 1955.381, note P.A.

(416) Crim., 17-5-1955, B. 248.

les difficultés d'interprétation seraient tranchées par la chambre d'accusation. Une attitude analogue était observée en matière de procédure pénale militaire (417).

Puisque la position de la Cour de cassation révélait une hostilité à toute tentative d'extension, il pouvait sembler naturel que le Code de procédure pénale reprenne cette même méfiance. Or, la loi nouvelle a élargi le domaine du droit d'appel de l'inculpé.

2. — *Le Code de procédure pénale et son application.*

745. — L'article 186 C.P.P. énumère les actes dont l'inculpé peut faire appel. Tout d'abord figure l'ordonnance relative à la recevabilité de l'action de la partie civile (art. 87 C.P.P.). Il s'agit là d'une innovation par rapport à la solution antérieurement dégagée par la chambre criminelle. En réalité, il a été considéré que l'admission d'une partie civile risquait d'alourdir la situation de l'inculpé puisque celle-là peut faire valoir devant le juge tous moyens utiles à la preuve.

Par ailleurs, l'inculpé peut faire appel des ordonnances rendues à propos de la détention préventive. Il est possible de faire appel de la décision de prolongation de la détention (art. 139 C.P.P.) ou des ordonnances statuant sur une demande de mise en liberté provisoire émanant de l'inculpé ou de toute autre partie (art. 141 C.P.P.). D'autre part, l'alinéa 3 de l'article 186 ouvre le droit d'appel à l'encontre des ordonnances par lesquelles le juge a statué sur sa compétence, d'office ou sur déclinatoire. Trois autres cas d'appel sont organisés en matière d'expertise : en cas de refus d'expertise (art. 156 al. 2 C.P.P.) ou en cas de refus de complément ou de contre-expertise (art. 167 al. 2 C.P.P.). La troisième hypothèse a varié depuis l'institution du C.P.P. Primitivement, il s'agissait de l'ordonnance refusant la désignation de l'expert choisi par l'inculpé (art. 159 al. 6 rédaction du 31-12-1957). Supprimé avec l'ordonnance du 23 décembre 1958, il fut rétabli avec l'ordonnance du 4 juin 1960. L'appel est possible à l'encontre de la décision du juge de ne désigner qu'un seul expert pour une expertise relative au fond (art. 159 al. 2).

Deux domaines nouveaux sont offerts au droit de critique de l'inculpé : la déclaration de recevabilité d'une constitution de partie civile et la matière de l'expertise. Malgré une ouverture plus large, force est de constater que la loi demeure hostile à une généralisation du droit d'appel de l'inculpé. La limitation voulue devrait entraîner

(417) En ce qui concerne le dessaisissement de l'autorité militaire au profit d'une Cour de justice, l'appel n'a pas été admis (Crim., 20-5-1947, B. 139 ; Crim., 17-3-1949, B. 107). L'irrecevabilité de l'appel a été prononcée lorsque était invoquée l'exception de chose jugée : Crim., 25-6-1947, B. 165 ; J.C.P. 1947.II.3747, note Brouchet. Enfin aucune voie de recours n'est possible à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le Tribunal militaire : Crim., 16-11-1950, B. 256 ; Crim., 1-2-1951, B. 38 ; Crim., 20-6-1957, B. 519 ; Crim., 21-11-1957, B. 764 ; Crim., 9-1-1958, B. 40 ; Crim., 4-3-1958, B. 212 ; Crim., 19-5-1958, B. 397 et Crim., 27-7-1959, B. 379.

la jurisprudence à persévérer dans une interprétation restrictive des textes (418).

C'est ce que révèle l'analyse de la jurisprudence rendue en application de l'article 186 al. 1 et 3 C.P.P. D'une part, aucune voie de recours n'est admise en dehors de celles expressément régies par les textes; d'autre part, la juridiction saisie régulièrement ne peut étendre ses investigations au-delà du cas qui lui est soumis.

a) Interprétation restrictive des textes :

746. — La position de principe est attestée par un arrêt rendu le 6 janvier 1961 (419). Une chambre d'accusation avait été saisie par l'appel d'un inculpé exercé à l'encontre d'une ordonnance statuant sur la détention préventive. Devant cette juridiction, l'inculpé avait sollicité dans un mémoire le contrôle de la régularité de certains actes. La Cour de cassation estima qu'une chambre d'accusation ne peut absolument pas connaître de demandes autres que celles pour lesquelles elle a été saisie. « En permettant aux inculpés de relever appel des ordonnances prévues par l'article 186 al. 1 et 3 C.P.P., ce texte dont les dispositions sont limitatives leur a attribué un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension et dont ils ne sauraient s'autoriser pour faire juger à l'occasion d'une de ces procédures spéciales, des fins de non-recevoir étrangères à son unique objet ».

Sur la base de ce principe, la chambre criminelle a pu déclarer irrecevable la demande présentée par un inculpé contre une ordonnance du juge d'instruction refusant de prescrire un examen médico-psychologique, en application de l'article 81 al 7 C.P.P.

C'était, d'ailleurs, en ce sens qu'avait statué la cour d'appel de Montpellier le 13 novembre 1959 (420). Pour déclarer l'appel irrecevable, cette juridiction affirme d'une part que le dossier de personnalité prévu à l'article D. 16 du Code ne vise que la connaissance de l'inculpé et ne doit pas permettre la recherche des preuves de la culpabilité, et d'autre part que cet acte n'est pas prévu à l'énumération de l'article 186. M. Chambon montre que cette interprétation restrictive est conforme à l'état antérieur du droit et que la Cour de Montpellier avait, à bon droit, rejeté la requête. L'article D. 23, de plus, signifie seulement que l'exécution de ces examens doit suivre les modes de l'expertise et rien d'autre.

Cet arrêt a été approuvé par la chambre criminelle qui constate que l'ordonnance rendue en cette hypothèse ne figure pas à l'article 186 C.P.P. (421). Il est peut-être regrettable que l'inculpé ne puisse obtenir un examen médico-psychologique, mais il convient de remarquer que cette partie du Code est issue des travaux de la commission

(418) Voir STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 744.

(419) Crim., 6-1-1961, B. 6 ; D. 1961.582, note M.R.M.P.

(420) Montpellier, 13-11-1959, J.C.P., 1960.II.11612, note Chambon.

(421) Crim., 29-4-1960, B. 221.

d'Etudes pénales législatives (422), dont les membres n'étaient pas sans ignorer l'attitude traditionnelle de la jurisprudence. Si un droit d'appel devait être admis, il aurait fallu une mention supplémentaire à l'article 186. Il n'appartenait pas à un décret d'étendre l'application d'un texte ayant force de loi.

747. — De même, l'inculpé ne saurait faire appel d'une ordonnance par laquelle le juge d'instruction rejette sa demande tendant à ce que la chambre d'accusation soit saisie pour prononcer la nullité d'un acte d'instruction argué d'irrégularité. L'affaire s'est présentée devant la Cour de cassation le 5 mai 1960 (423). L'arrêt de la chambre d'accusation a été cassé pour avoir, en l'état, déclaré la demande recevable, alors que le droit d'appel ne pouvait être exercé.

Ce même motif est présenté pour déclarer l'irrecevabilité d'un appel formé à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. Cet acte ne constatant rien de définitif, l'inculpé conserve toute possibilité de présenter les moyens utiles à sa défense devant le tribunal et aucune voie de recours n'a été prévue en ce cas. C'est ce que devait constater la chambre criminelle par un arrêt du 12 octobre 1961 (424).

D'aucune manière, l'inculpé ne peut se plaindre de la prescription d'une mesure d'instruction. Si le juge désigne un administrateur provisoire, l'acte de nomination n'est susceptible d'aucune voie de recours. La Cour de cassation devrait déclarer le pourvoi formé contre une telle décision, irrecevable. C'est ce qui fut jugé le 16 février 1960 (425).

Cette interprétation restrictive du texte de l'article 186 est aussi constatée à propos des hypothèses formellement énoncées. Ainsi, la Cour de cassation n'a pas admis qu'une personne sur laquelle planait des soupçons simples puisse faire usage du droit d'appel. N'étant pas encore légalement inculpée, elle ne pouvait invoquer l'article 186 C.P.P. (426).

Normalement, cette interprétation restrictive se rencontre à propos de la compétence. Le 6 juillet 1961 (427), il était invoqué devant la chambre criminelle que constituaient un déclinatoire de compétence des conclusions tendant à faire déclarer que le texte pénal visé dans la poursuite était entaché d'illégalité. La chambre d'accusation avait déclaré qu'un tel acte tendait, en réalité, à obtenir une décision de non-lieu, aussi avait-elle déclaré l'appel irrecevable. Dans ces conditions, la Cour de cassation approuva l'arrêt de la chambre d'accusa-

(422) Cette commission est aussi à l'origine des réformes opérées par l'ord. du 4-6-1960.

(423) *Crim.*, 5-5-1960, B. 243 ; D. 1961.581, note M.R.M.P. Voir aussi 15 novembre 1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 328, p. 676.

(424) *Crim.*, 12-10-1961, B. 400. Voir aussi *Crim.*, 6-7-1961, B. 328.

(425) *Crim.*, 16-2-1960, B. 89.

(426) *Crim.*, 6-7-1960, B. 359 ; J.C.P. 1960.II.11758, note Chambon. Voir aussi *Crim.*, 9 janvier 1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 20.

(427) *Crim.*, 6-7-1961, B. 328 ; J.C.P. 1961.IV.126. Voir aussi *Crim.*, 15 nov. 1962, *Rec. Droit Pénal*, 1964, p. 27 ; Colmar 17 sept. 1963, J.C.P. 1963.II.13368.

tion, car il ne s'agissait pas d'un déclinatoire de compétence au sens de l'article 186 al. 3 C.P.P.

748. — Toutefois, il est un domaine où la Cour de cassation a étendu la notion de compétence antérieurement admise. Il était de jurisprudence constante que l'ordonnance de dessaisissement rendue au profit d'un autre magistrat de l'ordre judiciaire civil ne pouvait être assimilée à un acte statuant sur la compétence. Or, un arrêt du 20 octobre 1960 adopte la solution inverse (428).

Un juge d'instruction régulièrement saisi d'une poursuite, apprend qu'un de ses collègues instruisait également la même affaire. Appréhendant l'inutilité de sa saisine, il rendit une ordonnance aux termes de laquelle il déclarait se dessaisir. L'inculpé fit appel devant la chambre d'accusation, qui, après avoir déclaré la demande recevable, réforma l'ordonnance du juge en le déclarant compétent.

Sur pourvoi du ministère public, la chambre criminelle décida que le juge saisi d'une procédure doit poursuivre l'information jusqu'à son terme, sauf le cas où il se reconnaît incompétent. En même temps, il était déclaré que « l'ordonnance qui lui permet de se dessaisir d'une affaire au profit d'un juge d'instruction d'un autre tribunal par le motif que ce dernier est saisi de la même affaire ou d'une procédure connexe, est une ordonnance au sens de l'article 186 C.P.P. qui est susceptible d'appel de la part des parties à qui elle peut faire grief » (429).

La solution semble désormais acquise que la compétence recouvre également le dessaisissement ordonné dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Sur ce point, la chambre criminelle a fait preuve d'un certain libéralisme en revenant sur des solutions antérieurement adoptées.

749. — Il est également un domaine où le droit d'appel de l'inculpé sera admis bien qu'il ne soit pas expressément prévu à l'article 186 C.P.P. : en matière de restitutions d'objets saisis. Par un arrêt du 27 octobre 1959 (430), la chambre criminelle laisse entendre la solution qu'elle adoptera. Si l'article 135 C.I.C., comme l'article 186 C.P.P., n'autorise pas l'appel dans cette hypothèse, la cour d'appel saisie de cet acte qualifié à tort d'appel doit le considérer comme la requête formellement prévue au Code.

En ce cas, il n'est pas véritablement possible de considérer que le droit d'appel est étendu puisque la chambre criminelle s'appuie sur le texte même de l'article 99 C.P.P., déclarant qu'il y a là une procédure gracieuse, différente dans sa nature du droit d'appel.

(428) Crim., 20-10-1960, B. 466.

(429) Cet arrêt fut suivi d'un autre : Crim., 5-10-1961, B. 382. Voir aussi Paris, 23 mai 1960, J.C.P. 1962.II.12692 *bis*.

(430) Crim., 27-10-1959, B. 450 ; J.C.P. 1959.II.11375, note Chambon, D. 1960. 261.

En définitive, la Cour de cassation adopte une interprétation restrictive du droit reconnu à l'inculpé d'appeler de certains actes du juge d'instruction. Ce souci de ne pas étendre le droit de l'inculpé au-delà des hypothèses légales a conduit la Cour de cassation à interdire aux chambres d'accusation de statuer sur des points dont elles n'étaient pas saisies en vertu de l'effet dévolutif de l'appel.

b) La chambre d'accusation doit respecter l'effet dévolutif de l'appel :

750. — Puisque l'inculpé ne peut directement critiquer certains actes du juge d'instruction par suite de l'absence de voie de recours, peut-être est-il possible à l'occasion d'un appel régulier d'invoquer d'autres moyens relatifs à la régularité de la procédure suivie devant le juge d'instruction. Des plaideurs ont utilisé ce subterfuge, mais la Cour de cassation s'est opposée à la reconnaissance indirecte d'un droit non admis directement.

Une chambre d'accusation était saisie de l'appel formé à l'encontre d'une ordonnance relative à la recevabilité d'une partie civile. Outre les arguments propres à cette demande, l'inculpé sollicitait, dans son mémoire, l'annulation de certains actes. Par un arrêt du 2 novembre 1960 (431), la chambre criminelle considéra que la chambre d'accusation doit s'en tenir à l'objet même dont elle se trouve saisie.

Plus souvent, l'inculpé profite d'une ordonnance relative à la détention pour invoquer des motifs tirés de la nullité de certains actes d'instruction. A de multiples reprises, la Cour de cassation a dénoncé l'irrégularité du procédé (432). Le 1^{er} février 1961 (433), il fut rappelé aux chambres d'accusation de déclarer ces demandes irrecevables au lieu de les rejeter comme mal fondées.

L'aboutissement de cette jurisprudence peut être trouvé dans un arrêt du 31 octobre 1961 (434) qui a cassé la décision d'une chambre d'accusation qui avait statué au fond sur une demande irrecevable, comme n'entrant pas dans les prévisions de l'article 186 al. 1 et 3 C.P.P.

751. — D'autre part, le fait pour la chambre d'accusation d'être saisie d'une procédure d'appel, ne peut l'amener à statuer sur des points pour lesquels le juge d'instruction demeure compétent.

Un inculpé avait présenté devant le juge d'instruction une demande d'expertise, que le magistrat avait rejetée. L'inculpé fit appel de ce refus. Tandis que la chambre d'accusation était saisie de la procédure, il devint nécessaire de prolonger la détention de l'inculpé. Le juge d'instruction estima qu'une telle mesure relevait de sa compétence et

(431) *Crim.*, 2-11-1960, B. 496 ; D. 1961.581, note M.R.M.P.

(432) Ainsi *Crim.*, 6-1-1961, B. 1 et B. 6 ; *Crim.*, 26-1-1961, B. 55 ; *Crim.*, 31-5-1961, B. 276.

(433) *Crim.*, 1-2-1961, B. 62.

(434) *Crim.*, 31-10-1961, B. 432, D. 1962, som. 27. Voir aussi *Crim.*, 24 juillet 1963, J.C.P. 1963.IV, p. 125. Toutefois, en sens contraire, Poitiers, 16 janvier 1964, G.P. 1964.I.446.

prolongea l'effet du mandat de dépôt. L'inculpé fit appel de cette ordonnance en prétextant que le juge dessaisi de la procédure à la suite du premier appel interjeté ne pouvait statuer sur cette question. La chambre d'accusation rejeta les conclusions de l'inculpé en confirmant l'ordonnance du juge. Un pourvoi fut formé devant la Cour de cassation, reprenant les mêmes moyens. Mais la chambre criminelle le rejeta par un arrêt du 11 janvier 1961 (435).

« En confirmant la décision du juge d'instruction relative à la détention, la cour d'appel a, à bon droit, repoussé les conclusions des demandeurs. En effet, aux termes de l'article 187 C.P.P. lorsqu'il est interjeté appel d'une ordonnance du juge d'instruction, autre que celle de règlement, le juge d'instruction continue l'information sauf décision contraire de la chambre d'accusation. Cette chambre n'en ayant pas décidé autrement, le juge devait continuer son information en statuant, notamment, comme il l'a fait sur la détention des inculpés. »

Ainsi, la chambre d'accusation doit s'en tenir aux limites assignées par l'acte d'appel : elle ne peut étendre ses investigations à des faits dont elle n'est pas saisie. Par là, la Cour de cassation manifeste son refus de toute tentative d'extension des droits de l'inculpé, au delà des textes limitatifs. Cette attitude est aussi attestée par un arrêt du 16 mai 1962 (436).

752. — Il ressort des différents droits accordés aux parties au cours de l'instruction que le magistrat-instructeur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour mener l'information à sa guise. Il n'est pas tenu d'inculper tel individu dès le début des recherches, et si les parties peuvent suggérer l'accomplissement de certains actes d'instruction, le juge n'est pas tenu de satisfaire leurs désirs (437). D'un arrêt du 14 décembre 1950 (438), il résulte que le juge apprécie souverainement l'opportunité des mesures d'information et l'inculpé ne saurait se plaindre de ce qu'il n'aurait pas ordonné des mesures d'instruction sollicitées. Cet aspect est conservé sous l'empire du Code de procédure pénale, ainsi qu'en témoignent les décisions intervenues à propos de l'enquête de personnalité (439) : « Les règles édictées à l'article 81 C.P.P. ne peuvent déroger à la règle fondamentale que les juridictions d'instruction ont le droit et l'obligation de clore leur enquête lorsqu'elles estiment que celle-ci est complète. » De même, l'indépendance du magistrat dans la conduite de son information est nettement mar-

(435) Crim., 11-1-1961, B. 20 ; Recueil de droit pénal, 1961, p. 75 ; D. 1961. 196, note J.M.R.

(436) Crim., 16-5-1962, J.C.P. 1962.IV.90. A la suite de l'appel du Ministère public, une Chambre d'accusation examinait la régularité de certains actes d'instruction, et la Chambre criminelle a déclaré que la Cour d'appel n'avait pas à prendre en considération les griefs présentés par l'inculpé.

(437) Ainsi Crim., 10-8-1893, B. 236 ; Crim., 17-9-1900, B. 301.

(438) Crim., 14-12-1950, B. 288.

(439) Ainsi Crim., 29-4-1960, B. 223 ; Crim., 1-12-1960, B. 566 ; D. 1961.385, note M.R.M.P.

quée dans un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 4 avril 1962 (440). Les droits des parties au cours de l'instance préparatoire, apparaissent, ainsi, éminemment liés à la conscience du magistrat-instructeur.

(440) Crim., 4-4-1962, J.C.P. 1962.II.12692, note Doll. Voir aussi Crim., 17 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon.

CONCLUSION

753. — La qualité de magistrat du juge d'instruction constitue une première garantie pour les justiciables. Son statut personnel lui assure une place exceptionnelle au sein de la hiérarchie judiciaire, ce qui lui permet de mener l'information en toute indépendance. Cette indépendance se manifeste également à l'égard des parties. Le Code de procédure pénale définit les attributions strictes de chacune d'entre elles. Si elles ont la possibilité de suggérer certains conseils au juge, ce dernier n'est pas tenu de déférer aux demandes présentées.

Dans certains cas, le droit de critique est offert aux parties, mais, à ce moment le point litigieux est soumis à la juridiction du deuxième degré qui tranche cette question sans pouvoir s'immiscer d'une manière quelconque dans la conduite de l'instruction.

Il convient, toutefois, de remarquer la place particulière faite au procureur de la République. Il dispose, notamment, de la faculté d'appeler de toutes les ordonnances du juge d'instruction. Cette situation lui est accordée parce qu'il est le représentant des intérêts de la société. Il doit veiller à ce que l'action publique soit bien exercée et ses attributions propres lui permettront de sauvegarder les intérêts de la société, en évitant principalement l'accomplissement de la prescription.

Ces droits ne sont, d'ailleurs, accordés qu'autant que le procureur de la République est un magistrat. Il ne sera pas à craindre, ainsi, un mauvais usage de ces attributions. Il a intérêt à ce que les poursuites aboutissent à une solution rapide, aussi n'y a-t-il pas de risque qu'il détourne de leur but les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Il ne les utilisera pas à des fins dilatoires ou dans un esprit d'obstruction systématique. C'est, d'ailleurs, cet intérêt marqué à la répression qui l'a fait écarter de la charge de réunir les preuves. Il doit avoir une fonction et une mission de surveillance, il ne peut pas instruire.

754. — Seul le juge d'instruction mène l'information de manière souveraine, car il est magistrat du siège. Et cette qualité apporte déjà une garantie aux justiciables qui n'auront pas à craindre l'utilisation d'un pouvoir arbitraire. L'indépendance du juge d'instruction s'oppose aux relations de hiérarchie qui règnent à l'intérieur de la police judiciaire et au sein du ministère public. De plus, en tant que juge, le magistrat instructeur ne peut se livrer à certains artifices. Il est tenu d'être loyal et d'agir à visage découvert.

Au surplus, pour éviter toute tentative d'arbitraire, la loi n'a pas abandonné aux lumières du magistrat la manière d'exécuter les actes. Les actes les plus importants de l'information judiciaire sont minutieusement réglementés par la loi. Cela ne signifie pas, toutefois, que le juge soit obligé d'accomplir exclusivement ces actes.

Déjà, nous avons constaté qu'il arrivait au juge d'instruction de recueillir des renseignements, lorsqu'il découvrait des faits nouveaux non visés au réquisitoire introductif (1). Ces actes ne sont pas juridiquement des actes d'instruction puisque la saisine du juge d'instruction ne porte pas sur ces faits. Mais même, relativement à des faits dont il est saisi, le juge d'instruction peut fort bien procéder selon les modes de l'enquête préliminaire.

755. — Déjà, dans un arrêt du 24 octobre 1889 (2), la Cour de cassation remarque que des actes accomplis à l'étranger conformément aux prescriptions du juge d'instruction ne sont pas des actes d'instruction mais de simples renseignements. Soumis, en effet, à la règle *locus regit actum*, ces actes ne pouvaient observer les formes réglementées par le Code d'instruction criminelle. Mais l'arrêt le plus intéressant est celui qui a été rendu le 17 février 1953 (3). En l'espèce, un juge d'instruction avait délivré des commissions rogatoires à certains officiers de police judiciaire aux fins d'effectuer des recherches dans diverses régions. Après l'exécution de leur mission, les officiers de police judiciaire avaient transmis leurs actes au juge d'instruction mandant. Il était soutenu au pourvoi que ces actes avaient été irrégulièrement faits, car les membres de la police judiciaire n'avaient pas été délégués selon les formes des commissions rogatoires (absence de subdélégation). La Cour de cassation rejeta ce moyen en considérant que les documents transmis n'étaient pas des actes d'instruction : « Les rapports par lesquels les divers services de police transmettent au magistrat-instructeur les renseignements qu'ils ont pu recueillir ne constituent pas des actes d'instruction; par suite, les inculpés ne sauraient se faire un grief de ce que les renseignements faisant l'objet de ces rapports n'auraient pas été obtenus en observant les règles qui régissent l'exécution des commissions rogatoires. »

(1) Voir *supra*, n^{os} 606 et 607.

(2) Crim., 24-10-1889, B. 319.

(3) Crim., 17-2-1953, B. 57.

Plus récemment, il a été jugé le 15 juin 1961 (4) que ne constituait pas une cause d'irrégularité le fait, pour un juge d'instruction, d'avoir fait procéder à une enquête officieuse au cours de laquelle des personnes avaient été entendues à titre de renseignements et sans prestation de serment.

756. — Ainsi, bien que saisi, le juge d'instruction peut se servir des méthodes de l'enquête préliminaire, notamment pour obtenir des renseignements complémentaires. Mais de telles hypothèses demeurent assez rares, car le plus souvent la coercition est nécessaire. Le juge doit alors, respecter les formes réglementées par la loi.

Ces formes constituent, en effet, la seconde garantie que l'acte d'instruction présente pour les justiciables. L'acte d'instruction se différencie des actes d'enquête préliminaire par la présence d'un formalisme minutieux. Si, au stade des recherches, il est nécessaire de ne pas entraver l'enquête, il n'en va pas de même au cours de l'instruction qui prépare et préfigure la procédure de jugement. Les libertés individuelles doivent être assurées et c'est dans ce dessein que les principaux actes d'information sont soumis à des formes particulières.

(4) Crim., 15- 6-1961, B. 302.

TITRE II

LES GARANTIES OBJECTIVES DE L'ACTE D'INSTRUCTION

757. — La procédure pénale intéresse très spécifiquement les libertés individuelles. Et s'il est nécessaire à la société de châtier les auteurs d'agissements nuisibles, préalablement déterminés, il importe que le prononcé même de la sanction soit entouré d'un réseau de garanties permettant à toute personne de présenter ses moyens de défense. Bien avant que la justice ne parvienne à ce résultat, la procédure d'instruction et de nombreuses opérations de recherche se seront déroulées.

Pour garantir au stade préparatoire la régularité des opérations, un formalisme s'avère nécessaire. Respecter les intérêts de la société, sans mettre en péril ceux des citoyens, telle est la difficulté qui se pose principalement au stade de l'instruction. C'est ici, précisément, que « la forme se révèlera la sœur jumelle de la liberté ».

D'une part, le formalisme tend à garantir objectivement toute personne qui n'a pas pris part aux agissements délictueux. D'autre part, la régularité des actes sera opposable à tous, et il sera permis d'utiliser ces procédures devant une juridiction de jugement.

758. — Un intérêt tout particulier découle de la régularité des actes d'instruction : l'effet interruptif de la prescription leur sera reconnu. Le fondement de cette institution est double : l'écoulement d'un laps de temps anéantit le trouble causé à l'ordre social, et il faut aussi inciter les organes de justice à agir rapidement.

La preuve que la justice ne s'est pas désintéressée d'une affaire résulte de la confection d'actes d'instruction. Le Code d'instruction

criminelle ne permettait cet effet interruptif qu'en matière de crimes ou délits (art. 637 et 638). En ce qui concernait les contraventions, la condamnation devait intervenir dans le délai d'un an. La complexité de certaines affaires, notamment en matière de coups et blessures, incita à une réforme législative. La loi du 15 novembre 1956 modifia le texte de l'article 640 et autorisa l'interruption de la prescription par tout acte de poursuite ou d'instruction.

Cet effet est consacré aux articles 7 à 9 du C.P.P. Le formalisme de l'acte d'instruction sera utile pour permettre cette interruption : la date mentionnée sur l'acte permettra de dire si les faits sont ou non prescrits.

759. — La première conséquence du formalisme des actes fait de l'instruction une procédure écrite. Une procédure purement orale ne pourrait se concevoir à ce stade : l'instruction ayant pour but de faire des recherches et de coordonner ces éléments afin d'établir l'imputabilité du fait à un individu, la contradiction ne saurait être admise. Très souvent, d'ailleurs, l'inculpé n'est pas déterminé ; il dépend de la perspicacité du magistrat de l'identifier.

De plus, une contradiction totale ferait présumer toute personne suspecte. Pour amener ce suspect à devenir inculpé, il faudrait obtenir son aveu, et il y aurait un risque à ce que l'aveu devienne le but suprême recherché par le juge. Au contraire, la recherche d'indices sera beaucoup plus efficace et n'entraînera pas ces excès.

Aucun texte précis n'oblige à la rédaction d'actes : il s'agit d'un principe général du droit. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a eu à rappeler cette règle. Deux juges d'instruction informaient sur le même fait criminel. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convenait que l'un d'eux se dessaisisse du dossier. Pour parvenir à un accord, les magistrats eurent une conversation téléphonique aux termes de laquelle l'un d'eux déclara se dessaisir de l'affaire. Mais aucun acte écrit ne consignait cet accord. La chambre criminelle, par un arrêt du 11 avril 1959 (1), devait affirmer que tous les actes de la procédure préalable sont écrits et qu'aucun effet ne doit résulter d'une conversation téléphonique selon laquelle un juge déclarerait avoir l'intention de se dessaisir.

760. — Mais, au-delà de cet effet interruptif de la prescription, l'acte d'instruction se présente surtout comme un élément de preuve. Deux ordres de juridictions différents existent en matière de procédure pénale : les juridictions d'instruction où la procédure est écrite, secrète et peu contradictoire, et les juridictions de jugement où la procédure est menée en public et soumise aux feux croisés des parties.

Le premier ordre, celui des juridictions d'instruction, est au service du second, bien qu'ils soient totalement indépendants l'un à l'égard de l'autre. Les recherches effectuées et les différents actes d'instruction ne débouchent pas sur le néant : ils formeront la base

(1) Crim., 11-4-1959, B. 213.

de discussion devant la juridiction de jugement. En matière criminelle, avant l'ouverture de la session de la cour d'assises, l'article 278 C.P.P. autorise le conseil de l'inculpé à prendre sur place communication de toutes les pièces du dossier. De plus, l'article 279 prévoit la délivrance gratuite à chacun des accusés, d'une copie des procès-verbaux constatant l'infraction, des déclarations écrites des témoins et des rapports d'expertise. En outre, les parties ont la faculté de prendre ou faire prendre copie, à leurs frais, de toutes pièces de la procédure (art. 280 C.P.P.).

761. — Cependant, les actes collationnés au cours de la procédure préparatoire ne sont pas destinés à permettre une application automatique de la peine. Le système des preuves légales existant sous l'ancien régime n'a plus cours : les magistrats se fondent en fonction de leur intime conviction (art. 353 al. 2, art. 427 et art. 536 C.P.P.). Cela ne dénie pas toute force aux actes d'instruction. Ils demeurent et peuvent être utilisés par les juges de la juridiction de jugement. C'est ce qu'exprime un arrêt de la chambre criminelle du 19 mai 1958 (2). Le débat n'est pas exclusivement oral; les juges peuvent s'appuyer sur les moyens de preuve autres que les témoignages recueillis par eux à l'audience, pourvu que ces moyens de preuve soient soumis aux débats, et puiser les éléments de leur conviction dans les documents que l'instruction écrite a réunis.

C'est d'ailleurs en constatant que la règle du débat contradictoire avait été respectée que la Cour de cassation a admis la validité des actes de l'enquête officieuse. Bien qu'ils ne soient pas des actes réguliers d'instruction, ce sont des renseignements qui doivent être soumis à un débat contradictoire.

La règle de la contradiction est mentionnée à propos du tribunal correctionnel (art. 427 C.P.P.) et est applicable en matière de police (art. 536 C.P.P.). Elle est aussi de principe en matière criminelle. Certes, aucun texte ne la prescrit directement. Toutefois l'instruction faite aux jurés en vertu de l'article 353 C.P.P. leur en fait un devoir. Pour garantir l'efficacité de cette disposition, la loi a prévu que le dossier de la procédure ne sera pas entre les mains de la Cour ni des jurés pendant les délibérations. Le dossier est confié au greffier de la cour d'assises. S'il était nécessaire, en cours de délibération, d'examiner une ou plusieurs pièces du dossier, le président en ordonne le transport dans la salle des délibérations. Le dossier est ouvert, à nouveau, en présence du ministère public et des conseils de l'accusé et de la partie civile (3).

Ce faisant, le Code entend garantir le respect de l'oralité des débats (art. 347 C.P.P.). De cette manière, les éléments servant à la

(2) Crim., 19-5-1958, B. 400.

(3) Voir pour des hypothèses analogues : Crim., 25 janvier 1961, Bull. Crim., 1961, n° 50 ; Crim., 21 décembre 1961, Bull. Crim., 1961, n° 544 ; Crim., 18 janvier 1962, Bull. Crim., 1962, n° 45 et n° 50 ; Crim., 22 mars 1962, Bull. Crim., 1962, n° 142.

discussion auront été débattus par les parties, et principalement l'accusé aura pu présenter ses moyens de défense puisqu'il a la parole le dernier (art. 346 al. 2 et 3 C.P.P.).

762. — Les documents accumulés au cours de la procédure préparatoire permettent ainsi une discussion efficace, aussi convient-il que les conditions de leur régularité ne puissent être mises en doute. Les magistrats apportent, sans doute, le plus grand soin à la confection des procédures. Mais s'il advient que le formalisme n'a pas été respecté il importe de connaître les sanctions qui seront encourues.

On peut envisager qu'aucune sanction ne soit prononcée pour une irrégularité de forme : l'instruction est préparatoire et ne peut, d'aucune manière, préjuger le fond. Cette première phase du procès pénal est uniquement un élément de probabilité, essayant de déterminer dans quelle mesure une poursuite aurait des chances d'aboutir devant une juridiction de jugement. Un tel système correspond au but de l'institution d'une procédure préparatoire, réunissant les éléments du débat, sans avoir aucune incidence sur les décisions à venir.

Il est toutefois peu satisfaisant, car même en cas d'irrégularité très grave, aucune sanction ne sera encourue. Assurer — de jure — une impunité, équivaut à ne faire des règles légales que de simples conseils destinés aux magistrats. Une procédure pénale équilibrée, c'est-à-dire respectant tout à la fois les intérêts de la société et ceux de l'individu ne peut se suffire d'un tel mécanisme.

A l'opposé, il est possible d'envisager un système de nullités énumérées de manière stricte par la loi. Si les formes des actes sont réglementées, il est à présumer que les différents intérêts ont été envisagés. Dès lors, tout manquement entraîne l'irrégularité de l'acte et même son annulation. Le caractère automatique de ce deuxième procédé est à l'origine de sa défaveur. Il est de règle que le témoignage doit être reçu selon telle ou telle forme. Si une irrégularité est commise, la procédure devra être annulée même si le témoin a déclaré ne rien connaître des faits. Un tel résultat peut être aussi choquant que celui obtenu selon la première méthode. Un juste équilibre doit s'établir à la frontière des deux systèmes : la difficulté réside dans la détermination de la ligne de partage.

763. — Le Code d'instruction criminelle avait réglementé certaines formes de procédure, mais il n'avait attaché aucune sanction à leur inobservation. Certes, un certain pouvoir disciplinaire, mis en œuvre à la demande du procureur général, permettait de prescrire au juge d'instruction plus de soins dans la conduite des informations. La chambre d'accusation pouvait également exercer une action disciplinaire. Mais cette action permettait seulement d'éviter la répétition de semblables incorrections, elle ne définissait nullement les conséquences, sur la procédure, de l'irrégularité commise.

La jurisprudence dut s'efforcer de déterminer celles des formes dont l'omission aboutirait à l'annulation de l'acte. L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 allait introduire un élément nouveau en

cette matière. Craignant, à juste titre, que ses dispositions ne soient pas observées par le Corps judiciaire (4), les auteurs de la loi prescrivirent certaines formes à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure.

Une attitude identique a été adoptée par les rédacteurs du Code de procédure pénale, dont de nombreuses dispositions étaient assorties d'une nullité textuelle. Cette extension considérable des hypothèses où la nullité pouvait être encourue, aboutissait, en fait, à un surcroît de garanties pour la défense, tandis que l'action de la société pouvait plus facilement être mise en péril. En supprimant certaines hypothèses de nullité automatique, l'ordonnance du 13 février 1960 a accru le domaine des nullités substantielles.

764. — En d'autres termes, dans de nombreux cas, la nullité n'est plus prononcée de manière automatique, mais eu égard aux circonstances de fait dans lesquelles l'acte est intervenu. Cette solution plus nuancée est préférable puisque les actes d'instruction n'emportent jamais pleine preuve par eux-mêmes. Si les juridictions de jugement peuvent utiliser les actes d'instruction, elles ne sont jamais tenues de leur accorder une force obligatoire : elles doivent précisément apprécier la valeur probante qu'ils renferment. C'est ce qu'affirment plusieurs arrêts récents de la chambre criminelle (5).

Ainsi, même les actes réguliers de l'instruction seront produits à titre de renseignements. On conçoit alors qu'en matière d'instruction préparatoire existe une théorie particulière des nullités permettant de tenir compte du caractère provisoire des actes, tout en respectant les libertés essentielles des citoyens.

Nous envisagerons successivement, dans un chapitre premier, les règles objectives relatives à la confection des actes d'instruction et dans un chapitre second la sanction de ces règles par la théorie des nullités de l'instruction.

(4) Voir les observations du Conseiller FALCIMAIGNE, sur le projet de loi. De même OLLIER, « La réforme de l'instruction préparatoire », Paris, 1908.

(5) Ainsi Crim., 4-2-1960, B. 68 ; Crim., 12-5-1960, B. 260.

CHAPITRE PREMIER

Les règles objectives applicables aux actes d'instruction.

765. — La régularité de l'acte réclame l'observation de certaines formes, car il est nécessaire de connaître qui a effectué l'acte et pour quelle affaire il a été accompli. Mais la loi n'a pas établi une liste stricte des actes que le juge d'instruction peut accomplir. Le Code de procédure pénale, tout comme le Code d'instruction criminelle, n'énumère pas limitativement les opérations auxquelles peut se livrer le magistrat instructeur. Seuls les plus importants ou les plus fréquemment accomplis sont prévus au Code. L'article 81 al. 1 C.P.P. précise, d'ailleurs, que le juge d'instruction procède à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.

Pour ce faire, il doit respecter les formes légales mais en l'absence de toute disposition, rien n'empêche le juge d'instruction de prescrire la rédaction d'un corps d'écriture, d'effectuer une confrontation entre témoins ou même d'ordonner l'établissement d'une table d'écoute téléphonique (1). Ces diverses opérations ne sont pas interdites, du moment que le juge respecte les devoirs de sa charge, notamment en agissant loyalement (2). Et c'est ce qu'exprime la formule « agir conformément à la loi ».

(1) Ainsi Poitiers, 7-1-1960, J.C.P. 1960.II.11599, note Chambon. Voir également Trib. de la Seine, 30 octobre 1964, G.P. 1964.II, Journal du 28 nov.-2 déc.

(2) Dans l'affaire WILSON, la Cour de cassation blâma un juge d'instruction qui avait utilisé des procédés déloyaux (réunies 31-1-1888, S. 1889.I.241). Cette nécessaire loyauté de la procédure a été rappelée dans l'affaire du 12-6-1952 (B. 153, J.C.P. 1952.II.7241, note Brouhot). Voir aussi ROUSSELET, « Les ruses et artifices dans l'instruction criminelle », Rev. Sc. Crim., 1946, p. 50. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche de la preuve », Mélanges Hugueney, p. 155. Voir

Dans ces conditions, deux séries de formalités doivent être remplies par les actes d'instruction : la première s'adresse à tous les actes sans aucune distinction, la seconde ne concerne que certains actes pour lesquels la loi a prévu un formalisme particulier.

SECTION I

LES REGLES COMMUNES A TOUS LES ACTES D'INSTRUCTION

766. — Pour garantir l'objectivité des renseignements susceptibles d'être fournis par les actes d'instruction, la loi a toujours indiqué de quelle manière les actes doivent être reçus. Les différentes ordonnances royales qui régissent la procédure criminelle renferment toutes de semblables dispositions.

L'une d'entre elles, et la plus importante de toutes, ne se réfère pas précisément à une forme : il s'agit plus exactement de la manière dont le juge doit procéder pour obtenir les actes d'instruction. D'autres, en revanche, précisent la manière de rédiger l'acte. Il s'agit, alors, de formes matérielles que doivent observer tous les actes d'instruction.

§ 1. — Le secret de l'instruction.

767. — Tous les actes d'instruction doivent être recueillis selon le mode secret. Le Code d'instruction criminelle ne s'était pas prononcé franchement sur cette question, à la différence des anciennes ordonnances royales.

L'ordonnance de mars 1498 formulait le secret en son article 110. Aucune personne, ni inculpé ni ministère public, ne devait en être « avertie pour éviter les subornations et les forgements ». Reproduit dans les ordonnances d'août 1536 (art. 37) et d'août 1539 (art. 162), il figure en bonne place dans la grande ordonnance de 1670 (Titre VI art. 11° et 15°). L'article 11 du titre VI indique que « les témoins seront ouïs secrètement » et l'article 15 défend aux greffiers de communiquer les informations et autres pièces secrètes du procès. Comme le mentionne Jousse (3), ce dernier article introduit une innovation dans la procédure pénale : alors qu'auparavant la communication des informations n'était interdite qu'à l'accusé, désormais c'est toute personne qui est visée par cette disposition. Il approuvait d'ailleurs cette mesure en précisant que ni la partie publique ni les parties privées ne pourront prendre de mesures pour suborner les témoins au récolement.

aussi BLONDET, « Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire : J.C.P. 1958.I.1419.

(3) JOUSSE : commentaire de l'ordonnance de 1670, p. 163.

Le secret de la procédure sera, d'ailleurs, conservé même après le prononcé du jugement puisque le greffier devra conserver le dossier à moins qu'un pourvoi en révision n'ait lieu (4). Au XVIII^e siècle, cette procédure fut vivement critiquée non pas tant en elle-même que par opposition au système anglais de procédure accusatoire. Voltaire devait dénigrer cette manière de procéder en montrant qu'elle reposait sur un contresens effectué dans la traduction du Code de Justinien (5).

La chute de l'ancien régime devait apporter un changement dans la procédure. Un décret du 8 octobre 1789 supprima le secret en prescrivant la communication de tous les actes de la procédure à l'inculpé. La loi des 16-29 septembre 1791 s'inspirait du même principe, en prévoyant que les dépositions des témoins seraient reçues en présence du prévenu. Le Code de Brumaire an IV, conservait cette procédure. Bien que la loi du 7 Pluviôse an IX tendît à un certain retour aux traditions de l'ancien régime, elle édictait, néanmoins, la communication des pièces à l'inculpé (art. 10). Un premier interrogatoire était mené sans communication d'aucun document, puis le magistrat donnait lecture des charges et dépositions et un nouvel interrogatoire pouvait avoir lieu.

768. — Le Code d'instruction criminelle ne consacre aucun texte au secret de la procédure. Toutefois, l'article 73 relatif aux dépositions des témoins disposait qu'ils seront entendus séparément et hors la présence du prévenu. Par ailleurs, les articles 302 à 305 prescrivaient la communication des pièces à l'accusé, après l'arrêt de mise en accusation. Revenant sur la procédure de la période intermédiaire, il semble que le C.I.C. a sacrifié en même temps la publicité et le jury d'accusation. En confiant, de surcroît, l'instruction à des magistrats professionnels, la tendance à faire renaître les anciens modes devait fatalement aboutir.

Faustin Hélie estime que le Code a voulu faire revivre le principe du secret de l'instruction, car toute la phase préparatoire est inspirée des dispositions de l'ancien régime (6). Mais ce juriste libéral indiquait que ce principe n'est pas absolu. A partir de quelques dispositions du Code autorisant l'inculpé à fournir des mémoires devant la chambre d'accusation, il en déduisait que la communication était possible.

Le juge d'instruction auquel la loi a donné tous pouvoirs pour diriger les actes de la procédure remise entre ses mains, a toute faculté d'appréciation pour communiquer ou non la procédure à l'inculpé. Rien ne s'oppose, alors, à ce que le juge, sur la demande du prévenu, ordonne ou rejette une communication jugée utile ou non. Ce faisant, l'instruction ne devient pas publique mais seulement communicable, le juge bénéficiant de la discussion de la défense.

(4) JOUSSE : commentaire de l'ordonnance de 1670, p. 164.

(5) Il s'agit de la disposition du Livre IV, ch. 20-14 (*intrare secretum*).

(6) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1827.

769. — C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence en refusant d'annuler une procédure dont le secret aurait été violé.

La Cour de cassation eut à se prononcer sur cette question le 19 mai 1827 (7). Une partie civile avait sollicité d'un magistrat instructeur la communication du dossier de la procédure pour lui permettre de rédiger son mémoire devant la chambre d'accusation. Le magistrat puis la Cour rejetèrent cette demande. La chambre criminelle, se plaçant du point de vue de l'inculpé, estima qu'il résultait du Code et plus spécialement de l'article 302 que la procédure à son égard demeurerait secrète jusqu'au renvoi devant la cour d'assises. Par ailleurs, il n'était pas possible d'accorder en ce domaine plus de droits à la partie civile qu'à l'inculpé lui-même.

Déjà, de nombreuses cours s'étaient prononcées en ce sens, bien qu'une tendance générale s'efforçât de dégager que la procédure ne devait pas être aussi secrète que sous l'ancienne législation. Le procureur général Dupin soulignait dans ses conclusions que la communication des pièces de la procédure n'est pas un droit mais seulement une faculté dont il avait fait l'épreuve en tant qu'avocat (8).

La jurisprudence de la Cour de cassation était désormais fixée : « Le droit de conférer avec un conseil et d'avoir copie ou communication de la procédure ne s'ouvre qu'au moment du renvoi devant la cour d'assises, et l'inculpé ne peut en exiger l'exercice auparavant » (9).

Le juge, pas plus que la chambre d'accusation, ne pourrait pas mieux l'autoriser : « La communication que le procureur général autorise est une mesure extra légale et irrégulière que ce magistrat prend sous sa responsabilité et ne saurait créer en faveur de la chambre d'accusation le droit de l'ordonner par un arrêt avant faire droit » (10).

770. — Du caractère secret de la procédure, la jurisprudence a déduit les conséquences suivantes : d'une part il n'est pas nécessaire de signifier au prévenu l'ordonnance qui le renvoie devant la chambre d'accusation (11), d'autre part, dans l'hypothèse d'une ordonnance de non-lieu, l'inculpé ne peut demander communication du dossier pour poursuivre le dénonciateur (12). En matière correctionnelle, aucune possibilité n'a été offerte, car la jurisprudence a estimé que les droits

(7) *Crim.*, 19-5-1827, *S. Chronologique*, 1827, p. 601.

(8) *Conclusions* rapportées au *D.P.* 1848.I.20.

(9) Voir déjà *Crim.*, 17-6-1834, *S.* 1834.I.629 ; *Crim.*, 10-12-1847 ; *D.P.* 1848.I.20. Cet arrêt confirmait un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour de Toulouse du 2-8-1847 *D.P.* 1847.II.157) refusant le droit de communication à un inculpé, en invoquant le droit de la société à ce que les investigations ne soient pas rendues publiques. La loi n'a pas voulu que l'inculpé soit assisté d'un conseil, car il pourra ultérieurement faire valoir tous ses arguments devant le juge de la juridiction de jugement.

(10) *Crim.*, 5-7-1855, *D.P.* 1855.I.432. De même *Crim.*, 13-8-1863 ; *D.P.* 1864.I.407.

(11) Ainsi *Crim.*, 8-2-1855, *D.P.* 1855.I.90.

(12) *Crim.*, 2-2-1854, *D.P.* 1854.5.239.

de l'inculpé en ce cas ne sauraient être plus étendus qu'en matière criminelle (13).

Mais, s'il arrivait que cette règle du secret soit transgressée, quelle en serait la sanction ? Si l'on considère que l'action publique s'est trouvée gênée, il semble que l'on doive admettre une nullité. Mais si l'on insiste sur le fait que le secret est destiné à protéger l'inculpé, il faudrait distinguer selon que l'inculpé a subi ou non un préjudice.

771. — En reconnaissant que l'inculpé peut être informé de certains actes, la Cour de cassation était amenée à admettre que la règle du secret n'était pas absolue. Dès un arrêt du 31 août 1833, il est affirmé que si la procédure doit demeurer secrète jusqu'au dernier interrogatoire, aucune nullité ne saurait résulter de cette communication (14). De même la publication faite dans des journaux ou dans des mémoires distribués aux jurés ne pourrait entraîner la nullité (15).

De la même manière aucune nullité ne résulterait de la communication de la procédure à une personne étrangère au procès (16).

772. — Le développement de la presse au XIX^e siècle nécessita de déterminer une limite : Si l'information est libre, elle ne doit pas entraver les poursuites judiciaires. Il a donc toujours été question de limiter le droit de la presse relativement aux actes de procédure tant qu'ils n'ont pas été lus en audience publique. « La publication anticipée des actes d'accusation nuit à la défense parce qu'elle propage d'avance une espèce d'opinion commune qui flétrit les accusés et les désigne au jury comme coupables » (17). Ce raisonnement est encore invoqué lors de la discussion de la loi du 29 juillet 1881. Le rapporteur à la chambre des députés énonce que : « L'interdiction de publication des actes de procédure... a été considérée comme une garantie due à ceux qui sont appelés à se défendre devant la justice répressive » (18).

Ainsi, le secret de la procédure loin d'assurer l'efficacité des investigations de l'instruction est devenu un moyen d'assurer le respect des droits de la défense : c'est une garantie objective accordée à tout inculpé, d'être ignoré de tous. Il importe, à ce propos, de souligner la nécessité du secret de l'instruction. Il peut arriver, en effet, que les charges primitivement retenues ne puissent aboutir à la preuve de l'imputabilité du fait à tel individu. S'il a été inculpé, l'opprobre public a pu s'attacher à son nom. La clôture d'une information par

(13) Crim., 21-11-1891, D.P. 1892.I.34. (Déjà Crim., 14-5-1835, B. 180 et Crim., 17-7-1881, B. 177.) Voir aussi Crim., 9-12-1892, D.P. 1893.I.101.

(14) Crim., 31-8-1833, rapporté par F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, p. 429, B. 354.

(15) Crim., 23-6-1836, Crim., 12-12-1840 et Crim., 17-2-1843 cités par SARRUT, note au D.P. 1893.I.102.

(16) Crim., 6-1-1893, D.P. 1893.I.102, note Sarrut ; S. 1893.I.105.

(17) Intervention du député LABORDÈRE, lors de la discussion de la loi du 27-7-1849.

(18) Rapport de M. LISBONNE, *Journal Officiel* du 18-7-1880, p. 8305.

une ordonnance de non-lieu ne saurait suffire à le disculper. L'opinion fondera la décision de non-lieu plus sur l'insuffisance de la preuve que sur l'innocence réelle. En pareille hypothèse, il n'est pas possible à l'ancien inculpé de réclamer la réparation du préjudice qu'il a pu subir, lorsque l'instruction a été ouverte à la requête du ministère public.

773. — Le secret de la procédure conçu primitivement pour faciliter l'exercice de la répression est devenu un moyen d'assurer la défense de l'inculpé. Ainsi, il n'y aurait pas de sanction possible si le secret était levé en faveur de l'inculpé. En revanche, le greffier pourrait faire l'objet d'une sanction s'il avait communiqué la procédure à l'insu du juge d'instruction. En ce cas, la Cour de cassation considère que le greffier commet le délit de révélation de secret professionnel (19). Si le greffier doit assister le juge pour tous les actes d'instruction, sa présence est destinée à en faire un témoin d'objectivité et ne lui confère aucun pouvoir relativement à la marche de la procédure.

A la veille de la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, la situation pouvait se résumer ainsi : en principe, l'instruction est secrète, mais le magistrat instructeur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour communiquer certains documents à l'inculpé. A l'égard des tiers, le secret doit être observé. Toutefois, le ministère public a la possibilité, en vertu de l'article 61 C.I.C., de prendre connaissance du dossier à toutes les époques de la procédure, à charge de le restituer dans un délai de vingt-quatre heures.

774. — La loi du 8 décembre 1897 eut pour objet d'étendre le cercle des personnes à l'égard desquelles le secret ne pouvait exister. Si le secret est destiné à garantir l'inculpé contre d'éventuelles craintes, il serait peut-être bon que cette arme ne se retourne pas contre lui. Le secret sera moins absolu. Mais la loi ne voulut pas revenir aux excès de la période intermédiaire qui autorisait l'assistance de l'inculpé à chacun des actes d'instruction. Puisque la procédure est écrite, le moyen commode consiste à communiquer le dossier. Mais le dossier est quelque chose de trop important pour le laisser aux mains de l'inculpé. Aussi, la loi autorise la communication au seul conseil de l'inculpé, en sorte qu'il ne soit pas à craindre la destruction de pièces.

Ce n'est pas à tout moment que le conseil obtiendra la communication. Cette formalité est à observer avant tout interrogatoire au fond. L'interrogatoire de première comparution n'a jamais été considéré comme tel, même si l'inculpé se présentait spontanément devant le juge, assisté d'un défenseur. On conçoit, alors, que soit critiquée la première jurisprudence élaborée par la Cour de cassation considérant comme régulière une procédure ne comprenant que le seul interrogatoire de première comparution, du moment que l'inculpé a

(19) Crim., 9-7-1886, B. 249 ; D.P. 1886.I.475 ; S. 1886.I.847.

déclaré présenter ses observations sur les faits qui lui étaient imputés (20).

Par ailleurs, la jurisprudence a interprété, de manière stricte, le texte relatif à la communication du dossier avant chaque interrogatoire. Ce faisant, était reprise la solution antérieure, laissant au juge d'instruction toute liberté pour communiquer la procédure à l'inculpé : c'est une faculté, ce n'est plus un droit. Toutefois, la Cour de cassation a toujours estimé que ne devaient pas être adressés en même temps l'avis de l'ordonnance de soit-communiqué préalable à la décision de clôture et l'avis de l'ordonnance de clôture elle-même. L'arrêt du 24 juin 1898 (21) laissait entendre que le conseil pourrait solliciter du magistrat la communication de la procédure. En réalité, la jurisprudence ultérieure révèle qu'aucune extension du texte n'a été tolérée. Cependant, le caractère juridictionnel de l'ordonnance de soit-communiqué, préalable à la décision de clôture, n'a jamais été mis en doute.

La partie publique et l'inculpé peuvent, désormais, avoir communication de la procédure, dans des mesures différentes. Dans le dessein de rétablir l'équilibre des parties à l'instance préparatoire, la loi du 22 mars 1921 étendit les droits offerts à l'inculpé à la partie civile. Cette dernière pourra prendre connaissance des documents par l'intermédiaire de son conseil et uniquement avant chaque audition.

775. — Le système se trouve à mi-chemin entre les deux fondements du secret : une certaine communication de la procédure est admise en faveur des parties, et en cela le secret tend à garantir l'inculpé, mais la communication n'est pas faite à la fin de la procédure ce qui ne permet pas à l'inculpé de présenter tous ses moyens de défense et en cela le secret demeure un moyen d'information. Garraud démontre que cette demi-mesure est insuffisante (22). Ou bien il faut fermer totalement les cabinets d'instruction, ou mieux il convient de les ouvrir pleinement.

En prenant connaissance du dossier, l'avocat peut, sans risque de violation du secret professionnel, révéler à son client les éléments qu'il a pu y apprendre (23). Ce dernier peut, alors, confier ce qu'il a obtenu à la presse. Ainsi, le secret est-il mis en brèche. De plus, les journalistes sont affairés autour des cabinets d'instruction et s'efforcent de déterminer les personnages qui y entrent et parfois sollicitent des renseignements de ceux qui en sortent. De cette manière, le Palais de

(20) Comme nous l'avons montré précédemment, l'arrêt du 24-6-1922, D.P. 1924.I.58 marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Cf. Paris, 11 décembre 1961, J.C.P. 1962.II.12692 bis, note Chambon. Voir toutefois Seine 22-12-1964, fichier 314/65.

(21) Crim., 24-6-1898, S. 1901.I.153, note Roux ; Crim., 9-6-1955, D. 1956.80.

(22) GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n° 768.

(23) Ainsi Req., 8-12-1902, D.P. 1903.I.93 ; S. 1904.I.132 ; Crim., 26-2-1959, B. 134.

Justice est une véritable « maison de verre » où rien de ce qui s'y fait n'est ignoré du public (24).

776. — La jurisprudence relative au secret est donc demeurée modérée. Peu de décisions ont été rendues sur ce point, mais celles qui s'y réfèrent démontrent que le secret de la procédure n'est pas une règle absolue. Ainsi la Cour de cassation devait admettre la régularité d'un interrogatoire effectué en présence du ministère public (25). S'il est admis que ce magistrat peut obtenir, à toute époque, communication de la procédure, aucun texte ne prévoyait à l'époque sa présence lors de la confection des actes d'instruction. Quand son avis était nécessaire, il devait être fourni par écrit, après transmission du dossier.

Dans cette affaire, toutefois, le secret de l'instruction n'était pas invoqué mais il figurait à l'état latent : la nullité était sollicitée en raison d'une violation du secret de la procédure. Mais ce moyen fut rejeté puisque aucun texte ne prévoyait la nullité. Au fond, le procureur de la République était demeuré passif et il n'était pas possible d'arguer qu'il avait procédé aux actes.

De même, la simple présence passive de tiers dans le cabinet du juge d'instruction ne saurait entraîner une violation du secret. C'est ce qui fut décidé, le 22 décembre 1910 (26), pour des agents de la force publique. Venus escorter l'inculpé, lors de son extraction de prison, ils étaient demeurés près de lui. Leur attitude était demeurée passive, et, de plus, la chambre criminelle note qu'ils se sont retirés à la demande du juge d'instruction. Dès lors, aucune violation du secret ni des droits de la défense ne pouvait être retenue.

Il en serait de même, si le personnage assistant à la confection des actes était le magistrat déléguant lui-même. Un juge d'instruction avait décidé de procéder à une reconstitution sur les lieux mêmes du crime. En raison des règles relatives à la compétence territoriale, le juge ne pouvait lui-même effectuer l'acte, aussi délégua-t-il le juge du lieu. Mais pour se former une opinion sur l'attitude même de l'inculpé *in rebus criminis*, il assista à cet acte, sans toutefois y participer. Par un arrêt du 25 janvier 1939 (27), la chambre criminelle décida qu'aucune violation de la procédure ne pouvait être déduite de cette présence. Aucune cause de nullité ne pouvait résulter de la présence passive du moment que cette personne a droit à la communication du dossier. Tel était le cas dans cette affaire, comme il l'était déjà dans l'hypothèse de la présence du procureur de la République.

777. — Plus récemment, le caractère relatif du secret a été souligné par la Cour de cassation. Le 5 juin 1947 (28), il était déclaré que

(24) Expression utilisée par le Procureur général BESSON, in *conclusions* dans l'affaire PESQUET ; Crim., 22-12-1959, D. 1960.1.

(25) Crim., 1-9-1910, D.P. 1910.I.482.

(26) Crim., 22-12-1910, B. 659.

(27) Crim., 25-1-1939, B. 14.

(28) Crim., 5-6-1947, B. 147.

la communication à la presse d'un résumé des faits incriminés ne pouvait entraîner de nullité. D'ailleurs, ce résumé avait été fourni après la décision de renvoi mais avant la rédaction de l'acte d'accusation et la Cour de cassation a rejeté le moyen en déclarant qu'il n'était pas prouvé que les juges aient formé leur conviction en dehors des débats.

Ce qui témoigne le plus la faculté d'appréciation des magistrats est, certainement, l'arrêt du 22 décembre 1948 (29), rendu dans une affaire où un magistrat avait reçu une demande de communication de la part d'un avocat, et y avait déféré. Ultérieurement, cet avocat se présente comme conseil d'une partie civile et même comme mandataire de celle-ci. La violation du secret fut invoquée mais la Cour de cassation déclara que le magistrat est libre d'apprécier l'opportunité d'une communication du dossier à qui il veut.

778. — Mais, seul le juge d'instruction peut autoriser cette communication. Ainsi, le conseil de l'inculpé a la possibilité d'obtenir communication de la procédure, il peut prendre des notes mais il ne pourrait faire copier par un tiers les documents qui lui sont présentés.

Au tribunal de Briey, un secrétaire de Parquet avait l'habitude de copier des pièces de procédure pour le compte des avocats. Le greffier en chef du tribunal civil intenta une instance pour le préjudice qu'il subissait de ce chef. Des dommages et intérêts lui furent accordés. L'affaire fut portée devant la chambre civile de la Cour de cassation le 29 avril 1947 (30), qui décida que la communication des dossiers aux conseils des parties leur confère la faculté toute personnelle de prendre des notes, mais ne leur donne pas pour autant le droit d'obtenir du secrétaire du Parquet des pièces de la procédure. Seul le greffier en chef peut procéder aux diverses expéditions et copies. Ainsi, un tiers ne peut être admis à prendre connaissance de la procédure.

Au problème du secret peut se rattacher celui de savoir dans quelle mesure les pièces d'une instruction peuvent être communiquées après la clôture de l'instruction. Cette question se trouve résolue par des textes réglementaires : il appartient au Parquet d'autoriser la délivrance de tels documents (31).

(29) Crim., 22-12-1948, B. 295 (le Conseil avait un titre pour intervenir ultérieurement dans la procédure).

(30) Civ., 29-4-1947, S. 1948.I.17, note Roux (rendu en la Chambre du Conseil) ; D. 1947.282 ; MARQUSET, Rec. Dr. Pénal, 1952, p. 97.

(31) Voir déjà le décret de 1920, puis l'article 64 du décret du 22-12-1935. Actuellement voir article R. 153, R. 155 et R. 156 C.P.P. DESVISMES, « De la production des pièces d'une procédure pénale devant les juridictions civiles et commerciales », Thèse, Paris, 1943 ; L. MAZEAUD, D.C. 1943, pp. 7 et 8. *Adde* GARRAUD, « L'utilisation à titre de preuve dans un procès civil des pièces et documents tirés d'une information pénale », J.C.P. 1943.I.317. SICARD, « L'utilisation dans les procès civils des pièces des dossiers pénaux », Rec. Général des lois, arrêtés et décrets 1960, p. 101. Cf. Civ., 6 mars 1945 (2 arrêts), J.C.P. 1945.II.2793 et Civ., 15 mai 1945 (2 arrêts), J.C.P. 1945.II.2837 ; Crim., 11 mars 1964, Bull. Crim., 1964, n° 86, p. 196.

779. — Mais une fois l'instruction terminée, le secret est levé. Il est possible, à ce moment, de communiquer tout ce qui était secret : la procédure se déroule en public. La jurisprudence a déduit de ce caractère public qu'il était possible à un juge d'instruction de venir déposer devant la Cour d'assises relativement à des actes qu'il avait accomplis. Aucune disposition légale, en effet, ne s'oppose à cette audition (32). Toutefois, le juge d'instruction n'est pas tenu de révéler ce qu'il a appris au cours de la confection de la procédure. Une lettre du garde des Sceaux du 23 mai 1844 (33) déclarait déjà que « les présidents des cours d'assises ne doivent appeler un juge d'instruction qu'avec une extrême réserve et dans le cas de nécessité absolue ». Lorsqu'il est fait usage de ce procédé, le juge d'instruction doit s'en tenir uniquement à la procédure dont il s'agit. Il ne pourrait pas révéler les éléments d'une instruction qu'il a actuellement en cours.

Tel était le cas dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 5 novembre 1903 (34). Un juge d'instruction avait été cité comme témoin dans une procédure criminelle qu'il avait instruite. Il lui avait été demandé des questions ne se rapportant pas à l'affaire en discussion. Le magistrat refusa alors de déposer en invoquant le secret professionnel. La Cour de cassation admit cette position car il n'y avait eu ni violation des droits de la défense, ni méconnaissance des dispositions de l'article 317 C.I.C. Le secret se trouve levé à la fin de l'instruction, lors de la discussion publique mais uniquement relativement à l'affaire débattue. Le secret de la procédure n'est donc pas aussi total qu'il l'était sous l'ancien régime; il est beaucoup plus souple puisqu'il est destiné à garantir le respect des droits de la défense.

780. — Ainsi se présentait la situation à la veille du Code de procédure pénale. La préparation d'un nouveau texte allait être l'occasion de révéler un principe latent de la procédure. La commission d'études pénales législatives n'a pas estimé nécessaire de se référer à des principes généraux : « La commission a laissé le soin à la Faculté de replacer les solutions dans le cadre des considérations générales qui accompagnent l'enseignement des disciplines juridiques » (35).

Aussi, la présence d'un texte particulier n'était peut-être pas aussi désirable qu'au début du XIX^e siècle puisqu'une tradition s'était instaurée, alors que le silence du législateur de 1808 pouvait paraître bien ambigu. Cependant, les membres de l'Assemblée nationale ont estimé nécessaire de proclamer, dans un texte, le secret de l'information. A notre sens, cette position est préférable, car le nouveau silence

(32) *Crim.*, 31-10-1817, B. 107 ; *Crim.*, 23-1-1835, B. 30 ; *Crim.*, 1-2-1839 ; *Jur. Gén.*, V^e témoin, n^o 199 ; *Crim.*, 9-1-1840, B. 11 ; *Crim.*, 8-8-1851 ; D.P. 1851.5.514 ; *Crim.*, 25-9-1902, B. 318.

(33) GILLET et DEMOLY : *Analyse des circulaires*, T. II, p. 74, n^o 3035.

(34) *Crim.*, 5-11-1903, D.P. 1904.I.25, note Le Poittevin.

(35) Rapport Besson, n^o 7 et 8.

du législateur aurait présenté les mêmes difficultés d'interprétation (36). Loin d'instaurer une règle nouvelle, le Code de procédure pénale rappelait uniquement les limites de la liberté d'information. L'article 11 dispose : « Sauf dans les cas où la loi ne dispose autrement, et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète (37). Pour assurer le respect de cette prescription, une sanction pénale est fulminée envers les contrevenants : « Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du Code pénal. »

781. — A peine ce texte était-il promulgué, qu'il soulevait de vives critiques dans les milieux de la presse, et donnait lieu à des caricatures. Au demeurant, ce texte n'introduisait aucune nouveauté : la loi sur la presse renfermait déjà des dispositions particulières interdisant de publier les actes des procédures criminelles avant l'ouverture des débats (art. 38). Par ailleurs, rien n'interdit aux journalistes de rapporter ce que tout le monde peut apprendre : les flagrants délits ne peuvent être couverts par le secret de la procédure.

Surtout, le juge d'instruction demeure maître de la procédure. S'il est nécessaire de solliciter le concours du public pour obtenir des renseignements, il lui est possible de demander à la presse de servir d'auxiliaire. Bien que le juge d'instruction soit soumis au secret professionnel, il est de son devoir d'accomplir au mieux les obligations de son office de juge-enquêteur. Aussi n'y aurait-il pas violation du secret professionnel dans cette hypothèse.

782. — Il ne saurait être question d'examiner ici de manière globale les personnes qui pourraient faire l'objet des sanctions prévues à l'article 11 al. 2 C.P.P. (38). Nous nous contenterons de signaler que ni l'inculpé ni la partie civile ne peuvent être considérés comme concourant à la procédure. De même ne concourt pas à l'instruction le témoin. En revanche, les greffiers, huissiers, les membres de la force publique dont la mission est de collaborer à l'œuvre de justice ne sont pas exempts du secret.

(36) Faire l'exegèse du silence du législateur comporte toujours une grande part de conjecture.

(37) Pour le commentaire de l'article 11, C.P.P. voir GRANIER, *Jurisclasser de procédure pénale*, article 11. GRANIER, « Quelques réflexions sur le secret de l'information », J.C.P. 1958.I.1453. BESSON, « Le secret de la procédure pénale et ses incidences », D. 1959, chr. 191 ; Rev. Int. Droit pénal, 1961, p. 7. LARGUIER, « Le secret de l'instruction et le Code de C.P.P. », Rev. Sci. Crim., 1959, p. 313. De manière plus générale, sur les problèmes posés par la publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales, voir les travaux préparatoires au Congrès de Lisbonne, 1961, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1959, pp. 322 à 651 (notamment articles de M. LEAUTÉ, p. 541 et de M. HERZOC, p. 549) et Rev. Int. de Droit Pénal, 1961, pp. 1 à 756. (Notamment MM. BESSON, pp. 7 et 43 ; CANNAT, p. 93 ; GARÇON, p. 197 ; LARGUIER, p. 293 ; TOUREN, p. 497 ; et les Travaux de la section de droit pénal de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, p. 601.)

(38) Voir à cet égard Crim., 14 mars 1962, Bull. Crim., 1962, n° 134 et Crim., 5 avril 1962, Bull. Crim., 1962, n° 170.

Un problème peut se poser pour les témoins de régularité. En un sens, leur mission est neutre, mais dans la mesure où leur présence est nécessaire ils se présentent comme des participants à la procédure. Mais le texte de l'article 11 édictant une règle de droit pénal doit être interprété restrictivement. Il ne serait, d'ailleurs, pas possible d'établir une distinction selon qu'un incident se présenterait ou non, aussi estimons-nous que ces témoins ne sont pas tenus au secret. De plus, l'article 11 réserve le cas où la loi en dispose autrement, et il semble bien que ce soit l'hypothèse.

783. — Le secret de l'instruction n'est pas non plus opposable aux conseils des parties, pas plus qu'il ne l'est au ministère public (39). Le droit de ces personnes est réglementé par le C.P.P. : article 118 al. 1 pour les conseils et article 82 pour le ministère public. Ces personnes, toutefois, ne disposent pas de la faculté de révéler ce qu'elles ont appris au cours des communications légales : elles demeurent tenues en vertu du secret professionnel.

Le juge d'instruction aurait, aussi, la possibilité de prescrire des communications aux conseils des parties en dehors des hypothèses prévues par les textes, de même qu'il pourrait faire rétablir la vérité de certaines informations erronées.

En définitive, l'article 11 C.P.P. apparaît comme une règle morale, pouvant dans certaines hypothèses entraîner le prononcé d'une sanction pénale. Dans ces conditions, le manquement à cette prescription ne saurait entraîner de nullité. Il serait difficile de prétendre faire annuler une procédure pour ce motif, alors que la publicité est la règle en matière de procédure de jugement. Ainsi, cet article qui avait tant effrayé les chroniqueurs judiciaires n'est pas aussi absolu qu'il le paraît. Il ne fait que rappeler la jurisprudence antérieurement suivie.

Si le secret de la procédure constitue la première manière selon laquelle les actes d'instruction doivent être exécutés, d'autres règles ont été édictées par la loi relativement à la présentation matérielle de l'acte.

§ 2. — Les formes matérielles de tout acte d'instruction.

784. — Diverses formes sont prescrites en vue d'assurer la régularité des actes. De cette manière, une garantie d'objectivité est apportée à l'inculpé. Ces formes intéressent soit la confection de l'acte, soit le contenu de l'acte.

(39) Ainsi la Cour de cassation, chambre commerciale, a pu, le 15 novembre 1961 (J.C.P. 1962.II.12636, note Gavalda), décider que le Ministère public peut puiser dans une instruction judiciaire tous les éléments d'information indispensables pour l'exécution des missions que lui confère la loi. En l'espèce, le Procureur de la République avait communiqué de tels renseignements à l'occasion d'une procédure de faillite. Voir de même Crim., 11 mars 1964, Bull. Crim., 1964, n° 86, p. 196 et les motifs de Crim., 5 avril 1962, Bull. Crim., 1962, n° 170.

A. — LA RÉDACTION DE L'ACTE.

Pour apporter au justiciable une garantie concernant les expressions mêmes utilisées et pour éviter la confection d'actes erronés ou hypothétiques, la loi a prévu que le juge d'instruction serait assisté d'un greffier. Le magistrat-instructeur ne rédige pas le procès-verbal relatant telle ou telle opération, mais le greffier.

785. — Aucun texte général du Code d'instruction criminelle ne prévoyait l'assistance d'un greffier. Quelques dispositions éparses signalaient son concours : ainsi en était-il pour le transport sur les lieux (art. 62 C.I.C.), pour l'audition des témoins (art. 73) et pour la rédaction du cahier d'information (art. 76 C.I.C.). L'article 112 C.I.C., d'autre part, édictait une sanction à son égard pour inobservation des formalités en matière de mandats de justice. Fallait-il considérer que ces divers articles étaient l'application d'un principe général ou bien n'étaient que des formalités particulières à certains actes ?

On a tout d'abord songé à suppléer le silence du Code d'instruction criminelle en se référant au Code de procédure civile, dont l'article 1040 prescrit que le juge est assisté d'un greffier pour tous actes et procès-verbaux de son ministère.

Cette conception consistant à étendre les règles de la procédure civile aux matières non réglées par le C.I.C. a rarement reçu l'approbation de la jurisprudence criminelle. Sur ce point précis, la Cour de cassation a refusé l'assimilation. Par un arrêt du 18 janvier 1855 (40), est déniée, à l'article 1040 C.P.C. toute application aux matières régies par le C.I.C. Notamment, le président d'une cour d'assises désirant prescrire l'audition de nouveaux témoins, n'a pas besoin d'être assisté d'un greffier. Il suffit de respecter les règles des articles 73 et 62 C.I.C.

La solution ne peut donc être cherchée en ce sens. Il pouvait, alors, être fait appel à l'ancienne tradition de la procédure criminelle. Des arrêts de Parlements n'avaient pas hésité à annuler des procédures qui avaient été écrites de la main même du juge (41). Jousse indique : « Tous les procès-verbaux doivent être écrits par le greffier en présence du juge, qui doit lui-même les rédiger » (42). Un doute pouvait s'élever pour admettre l'application de cette règle. En effet, le juge d'instruction institué en 1808 dispose seulement de pouvoirs de recherche. Il ne constitue pas une véritable juridiction. Les actes effectués sont des documents préparatoires, ne possédant pas de valeur particulière pour la suite du procès. Au contraire, les actes de la procédure effectués selon l'ordonnance de 1670 servaient directement à fonder la condamnation.

(40) Crim., 18-1-1855, B. 14.

(41) Parlement de Paris, 23-8-1663 et Parlement de Dijon, 4-10-1715 rapportés par JOUSSE, T. III, p. 130.

(42) JOUSSE, Tome II, p. 33.

786. — Depuis l'intervention de la loi du 17 juillet 1856 aucun doute n'est possible : le juge d'instruction constitue la juridiction d'instruction du premier degré. Or, il est un principe général de la procédure que toute juridiction doit être assistée d'un greffier pour qu'il soit statué valablement. Cette assistance n'est pas seulement nécessaire pour l'exécution des actes juridictionnels, mais aussi pour les actes d'instruction qui servent à préparer ces décisions juridictionnelles. D'ailleurs, nous avons montré précédemment (43) que l'instruction lui était confiée en raison de sa qualité de juge.

Cette règle n'a jamais été sérieusement contestée. Faustin Hélie indiquait « l'assistance du greffier constitue la juridiction du juge et constate qu'il agit comme juge et dans l'exercice de l'autorité dont il est investi par la loi. Elle est indispensable dans tous les actes qui ont pour objet la constatation des faits et qui servent ultérieurement d'éléments de preuve (44). Toutes les opérations du juge d'instruction devront être constatées par un procès-verbal qui sera rédigé au fur et à mesure de leur accomplissement. Pour déterminer la sanction qui serait attachée éventuellement à la non-observation de cette prescription, il convient de rechercher le rôle rempli par le greffier.

787. — Il est possible de le considérer comme un scribe, destiné à épargner du travail au magistrat, ou bien comme une personne indispensable à la validité de l'acte. En réalité, le greffier remplit une fonction identique à celle qui lui est dévolue devant toute juridiction : ce n'est pas seulement un auxiliaire de justice chargé de tâches matérielles, c'est aussi un témoin de régularité. Faustin Hélie écrit, à son propos : « Le greffier indépendant du juge a une mission spéciale : il est chargé de constater les opérations du juge et leurs résultats ; il est donc le témoin nécessaire de tous ses actes » (45).

C'est, d'ailleurs, ainsi que le Cour de cassation a interprété le rôle du greffier. Le 27 février 1909 (46), la Cour de cassation était saisie de cette question. Au cours d'une procédure menée par un procureur de la République aux colonies, un transport sur les lieux avait été effectué avec l'aide d'un secrétaire qui n'avait pas prêté le serment. La chambre criminelle annula la procédure, car les actes avaient, en fait, été accomplis en l'absence de greffier, dont la présence est nécessaire pour la validité des actes. Deux décisions ultérieures témoignent de la fixité de la jurisprudence sur ce point (47).

788. — En revanche, l'assistance du greffier n'est exigée que pour le magistrat-instructeur. Bien que les officiers de police judiciaire soient tenus, en principe, pour l'exécution des commissions rogatoires d'observer les mêmes règles que le juge, la Cour de cassation a estimé que ces personnes n'étaient pas soumises à l'obligation d'être assistées

(43) Voir *supra*, n° 503 et ss.

(44) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1790.

(45) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1794.

(46) Crim., 27-2-1909, B. 137.

(47) Crim., 12-3-1909, B. 160 ; Crim., 7-8-1937, B. 181.

d'un greffier. Cette solution admise dans un arrêt du 11 janvier 1940 (48) a été maintenue (49).

Cette interprétation de la chambre criminelle est douteuse. Certes, l'officier de police judiciaire n'est pas un magistrat, mais il pourrait être assisté d'un secrétaire qui prêterait le serment comme les greffiers auxiliaires. Si la présence du greffier est nécessaire à la validité de l'acte, en tant que témoin de régularité et d'objectivité, il serait normal que les actes exécutés en vertu d'une commission rogatoire respectent cette règle. Ce qui distingue un acte d'instruction d'un acte d'enquête préliminaire, c'est la présence de formes plus complexes destinées à garantir l'objectivité des renseignements. L'enquête préliminaire est souple et n'obéit pas à des règles strictes (50). En revanche, l'exécution d'une commission rogatoire par un officier de police judiciaire aboutit à l'accomplissement d'actes d'instruction, et il serait bon que cet acte remplisse les mêmes conditions d'objectivité.

Le plus souvent, d'ailleurs, les officiers de police judiciaire choisissent un secrétaire pour rédiger les actes et la plupart des hypothèses, ayant permis à la Cour de cassation de statuer, se référaient à des procédures menées aux colonies.

789. — Mais si la présence d'un greffier est nécessaire, il importe aussi que cette personne remplisse les conditions pour occuper cet emploi. Ainsi, il est prescrit que les greffiers doivent être âgés de vingt-cinq ans. Si un remplaçant n'avait pas cet âge, les actes qu'il aurait accomplis en qualité de greffier seraient susceptibles d'être annulés. C'est ce qui fut décidé par la Cour de cassation relativement à des procédures menées par des juridictions militaires d'instruction (51). La personne chargée de remplacer un greffier devra également avoir prêté le serment de remplir fidèlement la mission qui lui est confiée. Dans une affaire soumise à la chambre criminelle le 3 février 1922 (52), le greffier empêché avait été suppléé par un commis-greffier. Cette dernière personne devait prêter serment. Si cette formalité préalable avait été accomplie, elle n'était pas clairement manifestée par le procès-verbal de l'acte. En effet, elle résultait d'une mention marginale qui n'avait pas été approuvée. Dans ces conditions, il n'était pas constaté que le serment eût été régu-

(48) Crim., 11-1-1940, B. 3.

(49) Crim., 19-2-1953, B. 61 ; Crim., 4-6-1953, B. 191 et Crim., 18-2-1958, B. 161.

(50) Voir ainsi Crim., 16-2-1961, B. 104. Ce caractère est mis en relief par M. STEFANI, in « L'acte d'instruction », n° 16. Voir de même Crim., 7 juin 1963, Bull. Crim., 1963, n° 194, p. 401.

(51) Crim., 26-2-1920, B. 99 ; Crim., 11-3-1920, B. 127 et Crim., 19-3-1920, B. 146.

(52) Crim., 3-2-1922, B. 54. Voir aussi Crim., 31-10-1935, B. 119.

lièrement prêté selon la loi et la nullité de tous les actes auxquels ce commis-greffier avait pris part a été déclarée (53).

790. — Il suffit donc que se trouvent réunies les qualités requises pour le greffier titulaire. C'est ce que démontre amplement un arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1951 (54). Un juge d'instruction militaire devait effectuer des actes d'instruction mais le greffier du tribunal militaire qui normalement devait l'assister était empêché. Il fut fait appel pour tenir la plume à un greffier *ad hoc* qui prêta le serment nécessaire. Or il se trouvait que ce greffier était un commissaire de police qui avait déjà procédé à des enquêtes dans la même affaire. L'inculpé invoqua la nullité des actes ainsi effectués. La Cour de cassation rejeta cette prétention, car il est seulement exigé des greffiers d'avoir l'âge prescrit et de prêter serment. Le greffier n'a nullement à s'immiscer dans la procédure, son rôle est purement passif. Il relate les opérations qui se déroulent sans qu'il puisse de quelque manière que ce soit influencer la marche de la procédure. Aussi le fait d'avoir participé à des actes antérieurs ne saurait en lui-même créer une cause d'incompatibilité dont la transgression aboutirait à l'annulation de la procédure.

791. — Le Code de procédure pénale, comme son prédécesseur, n'établit pas de règles générales auxquelles se réfèreraient les actes d'instruction. La section première du Titre III du Livre I^{er}, consacrée au juge d'instruction ne mentionne pas la présence du greffier comme nécessaire à la confection de tous les actes. Le greffier est mentionné uniquement à propos de certains actes : en cas de transport sur les lieux (art. 92 al. 2 C.P.P.), pour l'audition des témoins (art. 102 al. 1) et pour la rédaction du procès-verbal (art. 106 C.P.P.).

Le greffier figure aussi à propos de l'avis à donner des ordonnances du juge (art. 183 al. 4), ainsi que dans l'hypothèse des formalités des divers mandats (art. 136 C.P.P.). Deux nouveaux cas sont, en outre, prévus : celui de l'avertissement à donner au procureur de la République de la date d'un interrogatoire, et celui de l'article 121 relatif aux formes des procès-verbaux d'interrogatoires et de confrontation. Ainsi, le Code de procédure pénale consacre un accroissement du rôle du greffier, mais il n'est pas indiqué si sa présence est nécessaire dans tous les cas.

On pourrait être tenté, de prime abord, de décider que la présence de cet aide du juge n'est prescrite que dans les cas limitativement énumérés. En dehors de ces hypothèses, la rédaction des actes d'instruction pourrait être effectuée par le magistrat lui-même. Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas, en effet, la jurisprudence élaborée

(53) En revanche, si le greffier a prêté serment, la Cour de cassation considère que la capacité du greffier repose sur une présomption de droit : *Crim.*, 28 mars 1867, *Bull. Crim.*, 1867, n° 75 ; *Crim.*, 31 mai 1949, *Bull. Crim.*, n° 201 ; *Crim.*, 22 mars 1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 143.

(54) *Crim.*, 7-4-1951, *B.* 96.

précédemment, qui avait statué, certes, à propos d'actes précisés dans les textes. Il leur eût été facile d'insérer une disposition générale dans l'article 81, concernant l'assistance d'un greffier.

Au lieu de cela, l'article 81 comporte un alinéa 2 prévoyant l'établissement de la procédure en double exemplaire, et prescrivant que toutes les pièces du dossier seront cotées et inventoriées par le greffier au fur et à mesure de leur rédaction ou de leur réception par le juge d'instruction.

792. — En réalité, la situation ne se trouve pas modifiée : le juge d'instruction doit être assisté dans tous ses actes par un greffier du tribunal. Il s'agit d'un principe relatif à la régularité de la composition de toute juridiction. Or le juge d'instruction est une juridiction et la possibilité d'effectuer des actes d'instruction lui provient de ce caractère. Le Code de procédure pénale a, en effet, achevé l'évolution en admettant que les actes d'instruction ne pouvaient être le fait que d'un juge saisi, puisque dans l'hypothèse d'une infraction flagrante le magistrat effectue des actes de police judiciaire.

La circulaire prise pour l'application du Code de procédure pénale manifeste bien cet aspect, en rappelant aux magistrats-instructeurs de ne pas abandonner leurs pouvoirs à qui que ce soit, fût-ce « à leur collaborateur de tous les instants, le greffier » (art. C. 96 C.P.P.). Le greffier, notamment, ne doit pas utiliser de timbres en caoutchouc pour signer à la place du juge. Son travail répond à une mission d'auxiliaire et non de collaborateur.

La doctrine énonce, de même, que tous les actes du juge d'instruction doivent être rédigés avec l'assistance du greffier (55). Au surplus, l'article 81 al. 2 prévoyant la cotation des actes au fur et à mesure de leur établissement permet de déduire que la rédaction en incombe au greffier.

793. — L'assistance du greffier est donc nécessaire pour l'établissement des actes car il témoignera de la réalité de leur exécution. Il lui appartiendra aussi de confectionner le double du dossier.

Le Code d'instruction criminelle n'avait rien prescrit en la matière. Certes, le droit d'appel était très limitativement attribué et il était peu à craindre que le dessaisissement momentané n'entrave la conduite de la procédure. En revanche, le Code de P.P. en étendant les possibilités de l'appel risquait d'allonger l'instruction. L'action publique n'ayant pas intérêt à être prolongée excessivement, il fallait songer à pallier cet inconvénient. Le dossier de l'instruction serait constitué en double exemplaire de manière à permettre au magistrat de poursuivre ses recherches. L'article 187 C.P.P. dispose à cet effet : « Le juge d'instruction poursuit son information sauf décision contraire de la chambre d'accusation. »

Ainsi, l'établissement des actes en double exemplaire facilitera l'administration de la justice et en accélérera le cours. Le greffier

(55) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 415.

est chargé d'établir ce double, et chaque copie devra être certifiée conforme par lui, ou par l'officier de police judiciaire qui aura dressé l'acte en vertu d'une commission rogatoire.

La circulaire de la Chancellerie précise que ce formalisme ne doit pas être une source de difficultés : l'acte et sa copie pourront être réalisés simultanément (machine à écrire ou double au carbone). Jugeant peut-être ces procédés archaïques, le législateur de 1960 a introduit la faculté d'utiliser d'autres procédés de reproduction. L'article 81 comporte un nouvel alinéa 3 disposant : « Toutefois, si les copies peuvent être établies à l'aide de procédés photographiques ou similaires, elles sont exécutées à l'occasion de la transmission du dossier. Il en est alors établi autant d'exemplaires qu'il est nécessaire à l'administration de la justice. »

En cas de dessaisissement intervenu à la suite de l'exercice d'une voie de recours, l'établissement des copies doit être effectué immédiatement. De cette manière, les greffiers sont dégagés de la tâche matérielle de copie, susceptible d'entraîner des erreurs. De plus, la certification de la régularité de la copie permettra d'attacher le même effet à l'un et à l'autre acte. La confection de l'acte d'instruction exige la participation du greffier. Outre cette forme matérielle, il en est d'autres qui concernent le contenu de l'acte.

B. — LE CONTENU DE L'ACTE.

794. — Il est tout d'abord permis de se demander s'il est possible d'utiliser des formulaires dont le juge ou son greffier devraient remplir les interlignes. En ce qui concerne le réquisitoire introductif du procureur de la République, la question a été posée à la Cour suprême le 12 février 1927 (56). Il fut estimé qu'aucune disposition de loi n'interdisait l'usage de formules imprimées dans les réquisitoires d'information décernés par le Parquet pour saisir le juge d'instruction. La manière de l'écriture, en quelque sorte, importe peu du moment que le document est signé. La signature a pour effet de conférer l'authenticité à toutes les énonciations manuscrites ou imprimées du réquisitoire. L'acte même qui donne compétence au juge d'instruction pour instruire ne pouvant de ce fait être annulé, il devait en être de même pour les actes du juge d'instruction.

Le 10 août 1906 (57), il était jugé que le fait pour un procès-verbal de première comparution d'avoir des mentions imprimées à l'avance n'était pas interdit par la loi du 8 décembre 1897, du moment que l'acte était signé. Cette position a été maintenue par la suite. L'acte sera nul dans la mesure où il y aura une incertitude sur ce qu'il a voulu exprimer.

(56) Crim., 12-2-1927, B. 54 ; D.H. 1927.209 ; S. 1929.I.358.

(57) Crim., 10- 8-1906, B. 330.

795. — Ainsi, le défaut de rature de certaines mentions imprimées n'entraîne la nullité que si l'accomplissement d'une formalité substantielle est rendu incertain (58). Tout récemment, un tel moyen était encore invoqué devant la Cour de cassation. En l'espèce, la mention au procès-verbal que l'inculpé avait renoncé expressément à la présence de son conseil ne se trouvait pas biffée et il était signalé que le conseil avait été régulièrement convoqué. L'inculpé prétendait que les procès-verbaux d'interrogatoire contenaient des mentions contradictoires qui ne permettaient pas d'établir si réellement le conseil avait été convoqué et si la procédure avait été mise à sa disposition. La chambre criminelle rejeta cette prétention en remarquant que figuraient au dossier les récépissés postaux des lettres de convocation du conseil, ce qui corroborait la mention inscrite au procès-verbal. L'absence de rature d'une mention imprimée ne saurait suffire pour contredire les autres constatations consignées dans l'acte (59). Les actes ne peuvent être entachés d'irrégularité dès l'instant qu'ils sont signés, car leur authenticité est assurée.

1. — *La signature.*

796. — Tous les actes d'instruction doivent être signés, car il est absolument nécessaire de connaître l'auteur de l'acte. Cette règle, d'ailleurs, ne figurait pas directement au Code d'instruction criminelle. Comme pour l'assistance du greffier, elle résulte des formalités du témoignage. L'article 76 C.I.C. disposait « les dépositions seront signées du juge, du greffier et du témoin après que la lecture lui en aura été faite et qu'il aura déclaré y persister... ». « Chaque page du cahier d'information sera signée par le juge et le greffier. »

Cette règle spécialement édictée pour les témoignages doit être étendue à tous les actes d'instruction. La Cour de cassation, en effet, n'a pas hésité à appliquer les dispositions relatives aux témoignages reçus par le juge d'instruction dans la procédure des assises (60). Dès lors, la règle prévue pour un acte peut être étendue à tous les actes.

En principe, tout acte d'instruction doit posséder la signature du greffier et du magistrat auteur de l'acte. Chaque fois qu'un tiers fera des révélations, cette personne sera tenue de signer l'acte. Le C.I.C. n'a attaché à un manquement de cet ordre qu'une amende civile contre le greffier, et une possibilité d'intenter une prise à partie contre le juge d'instruction. Mais la nullité n'était pas édictée. Dès lors, l'absence d'une signature constitue un vice uniquement lora-

(58) Crim., 26-11-1920, B. 455. Voir pour une solution voisine, Crim., 1^{er} juillet 1964, J.C.P. 1964.IV.118, rendu à propos des timbres humides, et Crim., 23 mai 1964, J.C.P. 1964.IV.94. Voir aussi Crim., 6-1-1965, J.C.P. 1965.IV.18.

(59) Crim., 13-6-1956, B. 468.

(60) Ainsi statué pour l'application de l'article 78, C.I.C. relatif aux ratures : Crim., 16-9-1875, B. 293 et Crim., 10-4-1913, B. 169.

qu'elle équivaut à l'absence d'une constatation ou d'une formalité considérée comme essentielle.

797. — Si le juge d'instruction omet de signer le procès-verbal de première comparution, la preuve que les avertissements ont été donnés à l'inculpé ne sera pas rapportée. Puisque cette formalité est exigée à peine de nullité, l'absence de signature conduira à la nullité de l'acte (61). Mais s'il s'agit d'un simple procès-verbal d'audition de témoin, la Cour de cassation a affirmé que l'article 76 C.I.C. ne pouvait entraîner de nullité : la seule sanction applicable en ce cas est celle prévue par l'article 77 C.I.C. (62). Il en serait de même si l'acte ne portait pas la signature même de l'inculpé (63).

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mars 1958 (64) rappelle à nouveau ce principe. Les dispositions contenues dans les articles 76 et 78 C.I.C., en ce qu'elles visent notamment les signatures qui doivent être apposées sur les procès-verbaux de déposition des témoins à l'instruction, ne sont pas prescrites à peine de nullité.

Ce libéralisme de la chambre criminelle ne manque pas d'étonner surtout si on le compare à l'application rigoureuse du texte relatif au procès-verbal d'interrogatoire de l'accusé effectué avant la procédure d'assises, dans la maison de justice. L'absence d'une signature, celle du juge ou celle du greffier, entraînera la nullité de l'acte et de toute la procédure ultérieure. Un arrêt du 2 juillet 1958 (65) témoigne de cette sévérité.

En réalité, dans ce dernier cas, la jurisprudence est plus exigeante sur la régularité de l'acte, car il constate l'accomplissement de formalités substantielles aux droits de la défense.

798. — Le Code de procédure pénale ne modifie pas l'attitude antérieure. Les signatures sont mentionnées à propos des auditions de témoins (art. 106 et 107), auxquelles il est renvoyé pour les interrogatoires. Mais il est à présumer que ces règles s'appliqueront à tous les actes d'instruction.

L'article 106 prévoit : « Chaque page des procès-verbaux doit être signée du juge, du greffier et du témoin. » Lors d'un interrogatoire, il faudra l'obtention de la signature de l'inculpé ou de la partie civile. Il existe, toutefois, un élément nouveau en ce domaine. L'article 76 C.I.C. prévoyait la signature après la lecture de la déposition. Muyart de Vouglans prescrivait d'ailleurs que « cette lecture devait être faite par le greffier, à haute et intelligible voix, de manière que le témoin puisse l'entendre afin qu'il soit par là averti plus particulièrement de bien penser à ce qu'il a déposé et de lui ôter tout prétexte de

(61) *Crim.*, 8-1-1914, B. 13. Mais voir en sens contraire *Crim.*, 12-1-1961, B. 24.

(62) *Crim.*, 27-7-1905, B. 373 ; *Crim.*, 22-7-1920, B. 334 ; *Crim.*, 10-2-1921, B. 71 ; *Crim.*, 22-12-1921, B. 481 ; *Crim.*, 14-9-1922, B. 309.

(63) *Crim.*, 11-6-1926, B. 158.

(64) *Crim.*, 4-3-1958, B. 211.

(65) *Crim.*, 2-7-1958, B. 515.

varier ou de se rétracter après que sa déposition lui a été répétée » (66).

C'est probablement dans cet esprit que se situe l'innovation du C.P.P. Ce n'est plus le greffier qui effectuera la lecture de l'acte, mais la personne même qui a déposé. L'article 106 dispose en effet « le témoin est alors invité à relire sa déposition telle qu'elle vient d'être transcrite, puis à la signer s'il déclare y persister ». Si le témoin ne sait pas lire, le greffier donnera lecture de la déposition au témoin. Dans l'hypothèse où le témoin ne voudra pas signer, il en sera fait mention au procès-verbal (art. 106 C.P.P.). Ainsi, les signatures des différentes personnes ayant participé à l'acte sont nécessaires à sa régularité.

799. — Mais la loi n'a pas véritablement omis le cas où il manquerait une signature. Il ne convenait pas de frapper de nullité l'acte ainsi irrégulier, mais il fallait tout de même prévoir une sanction. Une voie médiane semble avoir été trouvée : l'acte ne sera pas nul, mais il ne pourra avoir la foi due à un procès-verbal régulier. L'alinéa 2 de l'article 107 mentionne que l'acte irrégulièrement signé sera considéré comme non avenu.

L'absence de la signature de la personne entendue entraînera l'inefficacité de l'acte. Il n'y aura pas véritablement nullité puisque l'acte demeure au dossier, en sorte qu'il pourrait le cas échéant servir de renseignement. Mais, en ce qui concerne la signature du juge, il semble qu'une distinction sera à faire selon que cette signature constate ou non une formalité essentielle aux droits de la défense. C'est ce qu'il résulte d'un arrêt de la Chambre criminelle du 12 janvier 1961 (67). En l'espèce, un procès-verbal de première comparution avait été signé par l'inculpé et le greffier : il y manquait la signature du juge. La chambre d'accusation avait décidé sur ce point qu'aucune nullité ne pouvait être encourue puisque la signature de l'inculpé prouvait qu'il avait été avisé de cette prescription. C'est cette position qu'adopte la Cour de cassation « en signant le procès-verbal, l'inculpé a reconnu lui-même avoir reçu l'avis prescrit par l'article 114 al. 3 C.P.P.; ainsi, il a été satisfait aux prescriptions de la loi ».

En d'autres termes, l'inculpé ne pouvait arguer de l'irrégularité d'un acte qu'il avait approuvé. Il en aurait été différemment si cet acte avait été destiné à servir de preuve contre lui. En ce cas, il aurait fallu appliquer la disposition de l'article 107 al. 2 considérant l'acte non avenu. De cette manière, la loi a prévu un mécanisme souple, qui se trouve consacré également en matière de ratures et de renvois.

(66) MUYART DE VOUGLANS, « Instruction criminelle », p. 249 (ord. de 1670, titre VI, art. 11).

(67) Crim., 12-1-1961, B. 24. Voir aussi Crim., 12-11-1964, Bull. Crim., 1964, n° 295, p. 627.

2. — *Les ratures et les renvois.*

800. — Le C.I.C. traitait de cette question à l'article 78 : « Aucun interligne ne pourra être fait : les ratures et les renvois seront approuvés et signés par le juge d'instruction, par le greffier et par le témoin, sous les peines de l'article 77. » « Les interlignes, ratures et renvois non approuvés seront réputés non avenus. » Ainsi, les ratures et renvois apparaissent comme des suppléments ou des actes nouveaux réclamant pour leur régularité les mêmes formalités que l'acte principal. Puisque l'acte non signé ne peut encourir la nullité, et il en sera de même pour les renvois et ratures.

C'est ce qui fut décidé par la Cour de cassation (68). Les dispositions des articles 76 et 78 C.I.C. relatives au défaut de signature et aux irrégularités matérielles (surcharges, ratures, interlignes) constatées dans les pièces d'une information, ne sont pas prescrites à peine de nullité. Cette position a été maintenue et récemment rappelée dans un arrêt du 13 mai 1953 (69), où les ratures étaient effectuées dans un interrogatoire.

Le Code de procédure pénale adopte la même attitude. L'article 107 reprend les dispositions de l'article 76 C.I.C. D'une part, les procès-verbaux ne doivent comporter aucun interligne, d'autre part, les ratures et les renvois doivent être approuvés par tous les participants à l'acte. En cas d'absence d'approbation, ces ratures et renvois seront non avenus. En d'autres termes, aucune valeur ne sera attachée à ces mentions irrégulièrement produites (69 bis).

Ces différentes règles sont destinées à garantir quiconque de l'objectivité de l'acte. Lorsque le dossier sera produit devant une juridiction de jugement, il importe que l'on soit assuré de toutes les énonciations contenues dans l'acte. Cette régularité ne pourra être contestée si l'acte d'instruction comporte la signature de son auteur intellectuel (le juge), celle du témoin de régularité (le greffier) et celle de l'auteur de la déclaration relatée. L'acte d'instruction fait foi des mentions qu'il contient (70).

Outre ces deux premières conditions, il sera nécessaire que l'acte contienne la mention de l'auteur de l'acte et la date de sa rédaction.

3. — *La mention de l'auteur de l'acte.*

801. — L'auteur de l'acte doit être indiqué dans l'acte. La qualité de magistrat est en effet essentielle pour que l'acte soit un acte d'instruction. La Cour de cassation l'a décidé dans une affaire rendue le 8 décembre 1953 (71). En l'espèce, il s'agissait de l'interrogatoire

(68) Crim., 10-3-1881, B. 69.

(69) Ainsi Crim., 7-3-1908, B. 97 ; Crim., 6-6-1912, B. 295 ; Crim., 25-4-1913, B. 214 ; Crim., 8-11-1928, B. 256 ; Crim., 13-5-1953, B. 168.

(69 bis) Voir en ce sens Crim., 12-11-1964, Bull. Crim., 1964, n° 295, p. 627.

(70) Voir à cet égard Crim., 21 juin 1962, J.C.P. 1962.IV.110.

(71) Crim., 8-12-1953, B. 329.

préalable à l'ouverture de la session d'Assises, réglementé à l'article 272 C.P.P. Le juge qui y avait procédé avait utilisé un formulaire qu'il s'était contenté de signer. Dans ces conditions, l'absence de la qualité du magistrat ne permettait pas l'exercice du contrôle de la Cour de cassation et l'acte avait été annulé.

Il en est de même pour les actes de la procédure préparatoire : le juge d'instruction doit mentionner sa qualité judiciaire et son aptitude à instruire (72). Si l'acte est exécuté par délégation du juge, la personne déléguée doit indiquer qu'elle agit en tant que telle. Mais l'absence de cette disposition formelle ne saurait annuler l'acte si matériellement il résultait de l'acte lui-même qu'il était accompli sur délégation du magistrat-instructeur.

4. — *La date.*

802. — La date, enfin, est un élément essentiel de toute procédure. L'acte doit être daté, ne serait-ce que pour permettre au juge d'instruction de prouver les diligences qu'il a accomplies dans telle ou telle affaire et de se justifier à l'égard du président de la chambre d'accusation. De plus, la date permet de connaître si la prescription a pu ou non intervenir. En pratique, il est rare qu'un greffier omette la date, car c'est par là que débute tout procès-verbal.

Le C.I.C. ne présente nullement la date comme un élément nécessaire à la régularité de l'acte. Il existe toutefois trois hypothèses où la date est sous-entendue puisqu'un délai est accordé au ministère public. L'article 61 C.I.C. autorise la communication du dossier pour un délai de vingt-quatre heures. L'article 127 lui accorde trois jours pour fournir son réquisitoire définitif, et il doit exercer son droit d'appel dans les vingt-quatre heures suivant une ordonnance (73).

Mais, dans ces trois cas, la date apparaît subsidiairement et elle ne saurait constituer une cause d'annulation puisque aucune sanction ne vient assurer l'efficacité de ces dispositions. Il est, d'ailleurs, à remarquer que jusqu'à l'intervention de la loi de 1897, l'ordonnance de soit-communicé préalable au réquisitoire définitif possédait seulement le caractère d'un acte de pure administration de la justice. En sorte que l'inculpé ne pouvait tirer aucun grief de ce que les actes du juge ne comportaient pas la date de leur exécution.

803. — Avec la loi du 8 décembre 1897, la date va servir à apprécier le respect d'un délai. Ceci est particulièrement net à propos du mandat d'amener et du formalisme préalable aux interrogatoires.

(72) Grâce à la mention de l'auteur de l'acte, le tribunal correctionnel de Bastia a pu constater que la même personne avait agi alternativement en qualité de juge et en qualité de Ministère public, 14-11-1936, G.P. 1937.I.215.

(73) En ce qui concerne les autres parties, le délai d'appel court à partir du jour où elles ont eu connaissance effectivement de l'acte du magistrat. Voir ainsi encore Crim., 18-1-1962, J.C.P. 1962.II.12563, note Chambon ; Crim., 20 février 1963, J.C.P. 1963.II.13392, note Chambon. Le délai court à compter de la signification de l'ordonnance juridictionnelle.

Le C.I.C. prévoyait à l'article 93 que le magistrat devait procéder à l'interrogatoire de la personne arrêtée sur mandat d'amener, dans le délai de vingt-quatre heures, mais aucune sanction n'était attachée à cette prescription. Cette lacune fut comblée par la loi de 1897. A l'expiration du délai, la personne doit être conduite devant le procureur de la République et s'il est impossible de l'interroger, elle est remise en liberté. A défaut d'observation de la loi, il est fulminé, à l'égard des contrevenants, les peines de l'arrestation arbitraire. La date aura un rôle à jouer : celle figurant au registre d'écrou manifesterà le point de départ du délai, et celle de l'interrogatoire témoignera de la régularité des opérations.

L'interrogatoire exige désormais la précision des dates. En effet, si l'inculpé a décidé d'être assisté d'un conseil, le juge d'instruction doit l'avertir vingt-quatre heures à l'avance de son intention de procéder à l'acte, en même temps qu'il met à sa disposition le dossier de la procédure. La date prouve le respect de ce formalisme prescrit à peine de nullité de l'acte et de la procédure subséquente.

804. — Il ne résultera guère de contestations sérieuses sur ce point, car la jurisprudence a toujours considéré que les mentions formulées en tête de l'acte d'interrogatoire faisaient foi jusqu'à inscription de faux de ce qu'elles énoncent (74). En revanche, l'absence de ces mentions ne pourrait être palliée par des récépissés postaux. Ces derniers documents ne peuvent servir qu'à compléter un commencement de preuve.

Un arrêt de la chambre criminelle du 25 février 1958 (75) manifeste la tendance de la jurisprudence en matière de date. Dans cette affaire, l'ordonnance de transmission des pièces au procureur général ne contenait pas l'indication du jour où elle avait été rendue. Il fut affirmé que l'absence de date ne pouvait d'elle-même être une cause de nullité de l'acte. Il en serait différemment si c'était un élément de l'acte. Par ailleurs, il peut être suppléé par d'autres pièces de la procédure à l'omission constatée. En l'espèce, la Cour de cassation a retenu le récépissé postal joint à l'acte, et le fait que des mémoires avaient été présentés devant la chambre d'accusation, en sorte qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits de la défense.

Tel n'était pas le cas de la procédure particulière suivie dans l'affaire du 10 janvier 1946 (76). Outre qu'aucun interrogatoire n'avait été effectué et qu'aucune pièce n'était signée, l'acte d'accusation possédait une date antérieure à celle des diverses ordonnances dont celle

(74) Crim., 21 juin 1962, Bull. Crim., 1962, p. 230, p. 469 ; Crim., 9 janvier 1962, Bull. Crim., 1962, n° 18, p. 33 ; Crim., 1^{er} juin 1961, n° 286 ; Crim., 3 mai 1961, B. n° 231 ; Crim., 5 janvier 1956, B. 16 ; Crim., 7 juin 1951, B. 163 ; Crim., 4-1-1934, B. 2.

(75) Crim., 25-2-1958, B. 197.

(76) Crim., 10-1-1946, B. 14. Les irrégularités de procédure étaient invraisemblables dans cette affaire : le réquisitoire n'était pas signé, aucun acte d'instruction n'avait été fait et les ordonnances portaient des dates erronées.

de renvoi et de soit-communiqué. L'erreur de date était flagrante et mêlée aux autres éléments du dossier elle devait entraîner l'annulation de toute la procédure.

La date d'un acte d'instruction n'est pas nécessaire à sa régularité mais elle peut être utile pour la preuve du respect d'un délai fixé par la loi, surtout si ce délai est considéré comme substantiel aux droits de la défense ou au respect de la liberté individuelle. Cette même attitude se retrouve dans le Code de procédure pénale.

D'une manière générale, le C.P.P. est beaucoup plus prolix que son aîné, en envisageant de nombreux délais. Pour présenter de manière satisfaisante cette question, nous envisagerons les hypothèses où la date figure sans être assortie de sanctions, puis les hypothèses où l'absence de date pourra porter atteinte aux droits de la défense et celles où la date est nécessaire au respect de la liberté individuelle.

a) La date mentionnée sans aucune sanction :

805. — Il s'agit principalement des dispositions concernant les réquisitions du ministère public. Aux termes de l'article 82 al. 2 C.P.P., le procureur de la République peut se faire communiquer le dossier, à charge par lui de le restituer dans un délai de vingt-quatre heures. Cela suppose que l'ordonnance de soit-communiqué est datée. Mais l'inobservation de cette règle ne fait l'objet d'aucune sanction. Il en est de même pour la fourniture du réquisitoire définitif. L'article 175 C.P.P. prescrit au procureur de l'adresser dans les trois jours de la communication du dossier, mais aucune sanction n'est édictée. Ces délais sont, donc, seulement indicatifs. Il en est de même pour l'application de l'article 82 al. 3, lorsque le juge refuse d'effectuer un acte sollicité par le ministère public, ou dans l'hypothèse des restitutions.

Peut aussi rentrer dans ce groupe la disposition de l'article 123 C.P.P. relatif aux formes générales des différents mandats. La date n'apparaît pas comme un élément essentiel puisqu'il pourra y être suppléé soit par la date d'arrestation, soit par la date de l'interrogatoire préalable au mandat de dépôt. Cette inobservation des formes ne pourrait aboutir qu'au prononcé d'une amende civile de 50 F à l'encontre du greffier, sans permettre d'autre sanction.

La date va, en revanche, apparaître comme substantielle si l'acte doit constater le respect d'un délai destiné à garantir les droits de la défense.

b) La date nécessaire à la garantie des droits de la défense :

806. — Les droits de la défense sont concernés principalement dans le formalisme des interrogatoires. La date est essentielle tant pour fixer le jour de l'interrogatoire que pour déterminer le moment où le conseil des parties doit en être avisé. Ces formalités sont exigées à peine de nullité (art. 170 C.P.P.) et la date est essentielle pour contrôler la conformité à la loi.

Deux hypothèses nouvelles sont adjoindues. La loi de 1897 prévoyait qu'il sera donné avis immédiatement de toute ordonnance rendue par le juge. En mentionnant le mot « immédiatement », ce texte avait peut-être fait preuve de sagesse. L'article 183 al. 1 C.P.P. dispose désormais que l'avis des ordonnances juridictionnelles doit être donné dans les vingt-quatre heures. La date des ordonnances apparaît comme un élément essentiel de leur régularité pour permettre de déterminer le délai dans lequel l'avis doit être adressé aux conseils.

En l'absence de date, il ne sera pas possible de déterminer si la loi a été respectée (77). Or il s'agit d'un élément particulièrement important destiné à assurer des droits à la défense. D'ailleurs, la nouvelle rédaction du C.P.P. autorise en ce cas les juridictions correctionnelles et de police à prononcer la nullité des actes en cas de violation de l'article 183 al. 1. Ainsi l'ordonnance juridictionnelle doit être datée afin que la preuve puisse être rapportée de sa notification dans le délai légal.

807. — Mais c'est également en matière de commissions rogatoires que la date est devenue un élément essentiel. L'article 151 al. 2 dispose que les commissions rogatoires du juge d'instruction doivent être datées et signées. On pourrait penser, de prime abord, qu'il s'agit d'un simple rappel des règles concernant tout acte d'instruction. Il semble cependant qu'il faut rattacher cette question dans le cadre général de l'article 151 précisant que la commission rogatoire doit indiquer la nature de l'infraction objet des poursuites. Dans ce contexte, le problème de la date est intimement lié à celui des commissions rogatoires générales. Ce procédé est prohibé, depuis le célèbre arrêt Isnard du 22 janvier 1953 (78). La date permet de déterminer si la délégation est intervenue après l'ouverture de l'information et avant sa clôture. En d'autres termes, la date déterminera si l'acte accompli est véritablement un acte d'instruction. C'est d'ailleurs grâce à la date que la Cour de cassation a pu, le 24 juillet 1961 (79), reconnaître qu'un acte ne pouvait être un acte d'instruction puisqu'il avait été accompli postérieurement au dessaisissement du juge d'instruction (80).

De même, il était soutenu à l'appui d'un pourvoi qu'une commission rogatoire avait été décernée avant la saisine du juge d'instruction, en raison des dates respectives de cet acte et du réquisitoire introductif d'instance. Mais le tribunal militaire, après avoir procédé à des investigations dans le dossier d'instruction, avait constaté l'antériorité

(77) Voir *Crim.*, 22 juillet 1954, *Bull. Crim.*, 1954, n° 270, p. 465 ; *Crim.*, 20 août 1955, *Bull. Crim.*, 1955, n° 375, p. 668 ; *Crim.*, 27 février 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 96, p. 190 ; Poitiers, 15 janvier 1964, *G.P.* 1964.I.446.

(78) *Crim.*, 22-1-1953, *J.C.P.* 1953.II.7456, note Brouchet.

(79) *Crim.*, 24-7-1961, *B.* 353.

(80) De même, la date permet de savoir si l'article 105 C.P.P. est applicable ou non aux opérations effectuées par la Police judiciaire. Voir aussi *Crim.*, 27-7-1964, *J.C.P.* 1964.II.13941, note Le Clère.

rité de la saisine du juge d'instruction. Aussi, la chambre criminelle devait-elle par un arrêt du 26 octobre 1961 rejeter la demande (81).

La date a donc permis de déterminer si l'acte d'instruction était intervenu après le réquisitoire introductif. Ainsi, pour assurer les droits de la défense, il importe que la commission rogatoire et les actes exécutés sur délégation soient datés. Cette prescription est aussi destinée à garantir la liberté individuelle.

c) La date, élément de garantie en matière de restriction à la liberté individuelle :

808. — Sous l'empire du C.I.C., la date pouvait atteindre ce résultat pour l'exécution du mandat d'amener ainsi que pour déterminer la mise en liberté de plein droit. Le Code de procédure pénale accentue ces garanties : outre le mandat d'amener, le mandat d'arrêt comporte un formalisme identique. La grande innovation, en ce domaine, provient de l'institution de divers cas de mise en liberté de plein droit après l'accomplissement d'un certain délai. C'est attribuer à la date une valeur particulièrement importante dont l'absence devrait aussi entraîner la mise en liberté de plein droit (82).

Les mentions des dates de mise sous écrou sont nécessaires pour permettre l'application des règles prévues en matière de mandats d'amener et d'arrêt. Selon l'article 125 al. 2 l'interrogatoire doit avoir lieu au plus tard vingt-quatre heures après l'arrestation dans l'hypothèse d'un mandat d'amener, et dans les quarante-huit heures pour un mandat d'arrêt (art. 133 al. 1 C.P.P.).

S'il n'est pas tenu compte de cette prescription, la mise en liberté doit être opérée, sinon les peines de la détention arbitraire pourront être appliquées. Il importe alors que la date figure précisément sur tous les actes. L'élément nouveau provient des diverses échéances de la détention préventive.

Comme sous l'empire du C.I.C., la détention est limitée à cinq jours lorsque l'inculpé n'encourt qu'une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement et qu'il remplit certaines conditions (83). La date permettra de déterminer l'expiration de ce délai.

809. — Lorsque la détention n'est pas limitée à cinq jours, le magistrat ne peut la prescrire que pour quatre mois au maximum (84).

(81) Crim., 26-10-1961, B. 423. Mais aucune irrégularité ne résulterait de la jonction d'actes de police judiciaire si celle-ci est effectuée à la demande de l'inculpé (Crim., 3-5-1961, Lois nouvelles, 1961.I.125).

(82) Le renouvellement d'une période de détention doit être effectué scrupuleusement à l'échéance de la première ordonnance. La Cour de cassation a été amenée, dans ces conditions, à constater des détentions arbitraires : Crim., 23-2-1961, B. 119 ; Crim., 20-3-1961, B. 177, J.C.P. 1961.II.12142.

(83) L'article 138 C.P.P. fixe ces conditions : domicile en France et absence de condamnation antérieure à plus de 3 mois de prison pour crime ou délit de droit commun.

(84) La première rédaction du Code avait fixé le délai à 2 mois. L'ordonnance du 13 février 1960 l'avait allongé à 3 mois en matière de sûreté de l'Etat.

Il est facile de démontrer l'importance que revêt la date en cette matière, en considérant deux arrêts récents de la chambre criminelle.

Dans l'affaire du 20 mars 1961 (85), un juge d'instruction avait prolongé la détention d'un inculpé. Quand il a rendu son ordonnance, l'article 139 ne permettait cette prolongation que pour un nouveau délai de deux mois. Mais avant l'expiration de cette période, l'ordonnance du 4 juin 1960 a prévu la détention pour quatre mois. Le magistrat estimant qu'il s'agissait d'une loi de procédure d'application immédiate, attendit quatre mois pour renouveler l'ordonnance. La Cour de cassation censura, à bon droit, cette manière de voir. L'article 139 est relatif aux atteintes à la liberté et comme tel doit être interprété restrictivement.

De la même manière, le juge doit prolonger la détention avant l'expiration du délai. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 23 février 1961 (86). La chambre criminelle constate que le juge ne peut prolonger une détention qui a pris fin. L'écoulement du délai étant un élément de garantie pour les libertés individuelles, il importe que la date originaire soit bien précisée.

810. — La date doit aussi figurer sur les actes adressés par l'inculpé au magistrat instructeur, à propos de la détention préventive. Selon l'article 141 C.P.P., l'inculpé peut présenter à tout moment au juge une demande de mise en liberté. Cette requête est communiquée au procureur de la République qui doit présenter ses réquisitions. Le juge doit, alors, statuer dans les cinq jours suivant cette communication. Faute par lui de ce faire, l'inculpé pourra saisir de plein droit la chambre d'accusation qui dispose d'un délai de quinze jours pour statuer. Si aucune décision n'est intervenue à la suite de sa demande, à l'expiration de ce délai, l'inculpé doit être mis d'office en liberté.

En matière de restrictions à la liberté individuelle, la date doit être soigneusement indiquée en raison des effets qu'elle peut avoir. L'absence de date sur un acte ne permettant pas de vérifier l'application des garanties entraînerait la nullité de l'acte.

Ces différentes formes concernent tous les actes d'instruction. Outre celles-ci, la loi a prévu des formalités particulières pour l'accomplissement de tel ou tel acte, destinées à garantir la régularité du déroulement de la procédure, ainsi que d'assurer aux parties certains avantages.

L'ordonnance du 4 juin 1960 a uniformisé ces différents délais en les fixant à 4 mois en toute matière. Toutefois, la loi 63-23 du 15 janvier 1963 a exclu toute limitation de durée pour la détention préventive en matière de sûreté de l'Etat (art. 22).

(85) Crim., 20-3-1961, B. 177.

(86) Crim., 23-2-1961, B. 119.

SECTION II

LES REGLES PARTICULIERES
A CERTAINS ACTES DU JUGE D'INSTRUCTION

811. — Le Code de procédure pénale, comme le C.I.C., n'a pas indiqué de manière limitative les différents actes du juge d'instruction. C'est ce qu'exprime l'article 81 al. 1 en prévoyant que le juge procède à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité. Cependant, les actes fréquemment utilisés font l'objet de précisions minutieuses pour garantir les libertés individuelles. D'autres sont réglementés en raison de leur importance. Les actes juridictionnels du juge d'instruction sont tenus de se conformer à certaines formes pour que la décision intervenue soit régulière. Nous envisagerons successivement les formes spéciales à certains actes d'instruction et celles particulières aux actes de juridiction.

§ 1. — Les formalités spéciales à certains actes d'instruction.

Nous examinerons successivement les différents actes d'instruction, en commençant par l'interrogatoire.

A. — L'INTERROGATOIRE (87).

812. — Au cours de l'instruction, un interrogatoire au moins doit être effectué, car cet acte est destiné à servir tant à charge qu'à décharge. Cependant, le Code d'instruction criminelle n'indiquait pas les formes particulières de cet acte. Il a été nécessaire de rechercher parmi les règles de l'ancienne procédure celles qui pouvaient trouver application.

Outre l'observation du secret, on estimait que les inculpés ne devaient être assistés d'aucun conseil (article 8 du titre 14 de l'ordonnance de 1670). D'une manière générale, l'interrogatoire était calqué sur la déposition des témoins. Une forme toutefois n'était pas admise : la prestation du serment.

L'ordonnance de 1670 soumettait l'inculpé à cette formalité. La loi des 8-9 octobre 1789 abolit le serment de l'inculpé (art. 12). Malgré le silence du C.I.C., la jurisprudence et les auteurs admirent

(87) Cf. principalement STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n^{os} 650 et ss. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n^{os} 1286 et ss. VIDAL et MAGNOL, n^o 825.

que cette solution devait subsister. Le 6 janvier 1923 (88), la chambre criminelle devait déclarer que le fait pour un inculpé d'être entendu sous la foi du serment était une cause de nullité, si grave que l'inculpé ne saurait refuser de s'en prévaloir. Le problème des inculpations tardives se présente également dans ce contexte : puisque l'interrogatoire ne peut avoir lieu sous serment, le juge d'instruction ne doit pas retarder le moment de l'inculpation au point d'obtenir des déclarations sous serment.

Cette dernière question, en réalité, s'est présentée avec l'institution d'un formalisme minutieux pour le déroulement de l'interrogatoire. Désormais cet acte se distingue de la première comparution devant le magistrat, destinée à présenter les droits offerts par la loi à l'inculpé. Il est notifié le motif de l'inculpation et l'inculpé est averti qu'il est libre de ne faire aucune déclaration et a la possibilité d'être assisté d'un conseil (art. 3 de la loi du 8-12-1897, art. 114 C.P.P.).

L'acte rédigé après cette première comparution doit mentionner l'accomplissement de ces diverses formalités. Elles sont destinées à fournir à l'inculpé un temps de réflexion avant de répondre au magistrat puisque les chefs d'inculpation ont été indiqués (89). De plus, les explications qu'il est amené à produire seront faites en présence de son conseil.

813. — L'inculpé, en effet, peut être assisté d'un conseil lors des interrogatoires et la procédure devra être mise à la disposition de l'avocat avant cet acte (art. 9 et 10 de la loi de 1897, art. 118 C.P.P.). Toutes ces formalités préalables à l'interrogatoire doivent être observées avec minutie.

Il est possible de considérer la présence de l'avocat comme un témoin de régularité, car le rôle de cette personne consiste seulement à assister son client. La loi du 8 décembre 1897 indiquait que « le conseil ne peut prendre la parole qu'après y avoir été autorisé par le magistrat. En cas de refus, mention de l'incident est faite au procès-verbal ».

Le conseil se présente comme un témoin du bon déroulement de l'acte (90). Si un point lui paraît mal précisé, ou équivoque, il peut intervenir pour dissiper le malentendu. L'autoriser à prendre la parole pourrait donner lieu à des abus, aussi la loi a-t-elle prévu qu'il sollicite du juge une autorisation. Le magistrat possède un droit souverain d'appréciation, mais son pouvoir n'est pas arbitraire, car il doit mentionner l'incident au procès-verbal (91). Mais il n'est pas tenu de rendre une ordonnance pour justifier ce refus. Un juge d'ins-

(88) Crim., 6-1-1923, D.P. 1924.I.175 ; S. 1923.I.185, note Roux. Voir pour des hypothèses très voisines : Crim., 10 avril 1959, Bull. Crim., 1959, n° 205 ; Riom, 23 novembre 1960, J.C.P. 1961.II.11952, note Chambon.

(89) Voir encore récemment Poitiers, 15 janvier 1964, G.P. 1964.I.446.

(90) En ce sens LE POITTEVIN, C.I.C. commentaire de la loi de 1897, sous article 9.

(91) Ainsi Crim., 16-11-1901, B. 280 ; Crim., 26-3-1909, B. 192.

truction l'avait pensé, mais la chambre d'accusation de Douai (92) a considéré qu'il suffisait de rapporter l'incident au procès-verbal sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance.

En réalité, rien n'empêche le magistrat de motiver son refus. Cela peut même être utile pour éviter toute contestation ultérieure pouvant s'élever de ce chef devant la chambre d'accusation en vue, notamment, d'obtenir l'annulation de l'acte. C'est en ce sens que Le Poitevin estimait souhaitable l'utilisation de cette procédure.

814. — Le C.P.P. n'apporte, sur ce point, aucune innovation. Outre le conseil de l'inculpé, la présence du procureur de la République est admise. Mais tous deux ne pourront prendre la parole qu'après y avoir été autorisés expressément. En cas de refus, le texte des questions sera reproduit ou joint au procès-verbal (art. 120). Cette dernière disposition est plus précise que l'ancienne, puisque désormais le texte doit être joint à l'interrogatoire, alors qu'autrefois le refus du juge pouvait être injustifié. Actuellement, le magistrat doit s'expliquer sur les motifs du rejet de la demande pour éviter que les parties ne créent, à ce propos, des incidents de procédure.

Un problème peut, d'ailleurs, se poser à propos des questions du conseil : doit-il signer l'acte pour constater l'authenticité des questions. La loi est muette sur ce point, mais il ne semble pas opportun d'exiger ce formalisme puisque le greffier attestera la réalité de la question, et l'inculpé aurait toujours la faculté de présenter des observations avant de signer. Par ailleurs, si le conseil rédige sa demande par écrit, le magistrat pourra simplement joindre ce document au procès-verbal de l'interrogatoire.

Le rôle de l'avocat est, somme toute, celui d'un témoin supplémentaire puisque sa présence n'est pas indispensable à la régularité de l'interrogatoire. Or, la loi n'a pas obligé à désigner d'office un conseil à l'inculpé, comme cela a lieu devant la cour d'assises (92 *bis*). De plus, lorsque l'inculpé a choisi un avocat, il lui est possible de renoncer expressément à sa présence à l'interrogatoire. En pareille hypothèse, mention sera faite au procès-verbal (art. 118 al. 1 C.P.P.) (93).

815. — D'autre part, le juge doit seulement prévenir le conseil de l'exécution des actes sans que sa présence soit effective. La loi a été particulièrement exigeante pour la preuve de l'exécution des formalités préalables, mais cela seul suffit. L'absence du conseil ne pourrait entraver la marche de la procédure. La loi précise que l'interrogatoire ne peut avoir lieu qu'en présence du conseil, ou lui dûment appelé (art. 118 al. 1 C.P.P. reproduisant l'art. 9 al. 2 loi de 1897).

(92) Douai, 20-12-1897, D.P. 1898.II.16.

(92 *bis*) Voir toutefois en matière de sûreté de l'Etat, l'art. 20 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963.

(93) La Cour de cassation a décidé le 12 juillet 1960 (B. 368) que la renonciation expresse ne pouvait s'appliquer que dans l'hypothèse d'un choix préalable d'un conseil. En ce cas, l'inculpé a une sorte de droit acquis à l'assistance.

Cette règle a été très souvent affirmée par la Cour de cassation (94). Cette attitude est conservée sous l'empire du C.P.P. ainsi qu'en témoigne un arrêt du 27 octobre 1960 (95). Les mentions d'un procès-verbal régulièrement dressé qui énoncent que le conseil de l'inculpé a été convoqué conformément à la loi, et que la procédure a été mise la veille à sa disposition, établissent jusqu'à inscription de faux qu'il a été satisfait aux prescriptions de l'article 118 C.P.P. Dès lors, il importe peu que le conseil convoqué n'ait pas assisté à la procédure.

816. — L'interrogatoire étant l'échange de propos entre l'inculpé et le magistrat-instructeur (96), une autre formalité peut l'entourer : celle qui consiste à s'assurer que l'inculpé comprend ce que lui dit le juge. La présence d'un interprète n'avait pas été réglementée par le C.I.C. à propos de la procédure préparatoire. Cette question était traitée à propos de la procédure devant la Cour d'assises aux articles 332 et 333. On considéra, toutefois, que le juge pouvait désigner un interprète pour assister l'inculpé. Mais l'appréciation du juge en cette matière était souveraine. Ce faisant, la chambre criminelle adoptait une solution identique au problème soulevé par l'interrogatoire préalable à l'ouverture de la session d'assises (art. 276 C.P.P., ancien art. 293 C.I.C.).

Par un arrêt du 16 novembre 1934 (97), la Cour de cassation affirmait que l'article 293 C.I.C. relatif à l'interrogatoire préalable n'exige pas dans l'accomplissement de cette formalité l'intervention d'un interprète. La loi se repose sur le magistrat du soin de s'assurer que les questions qu'il adresse à l'accusé et les avertissements qu'il doit donner sont compris. Il en est de même pour l'instruction préalable. Le magistrat apprécie souverainement l'opportunité de l'assistance d'un interprète. Mais l'inculpé pourrait y renoncer. C'est ce qui s'était produit dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 24 février 1883 (98). Un juge avait pourvu l'inculpé d'un interprète, mais ultérieurement l'inculpé déclara ce secours inutile. Dans ces conditions, le juge fit procéder à une confrontation en l'absence de l'interprète. Par la suite, l'inculpé invoqua la nullité de cet acte. La Cour de cassation rejeta cette demande en se fondant sur la renonciation de l'inculpé à cette assistance.

Le magistrat étant essentiellement libre de désigner ou non un interprète pour l'interrogatoire, il en est de même pour la commu-

(94) Ainsi Crim., 23-4-1898, B. 166 ; Crim., 16-11-1901, B. 280 ; Crim., 8-5-1903, B. 173 ; Crim., 23-8-1906, B. 341 ; Crim., 16-5-1907, B. 232 ; Crim., 11-7-1907, B. 312 ; Crim., 30-12-1908, B. 543.

(95) Crim., 27-10-1960, B. 488. Voir aussi sur les constatations contenues au procès-verbal, Crim., 3-5-1961, B. 231 et Crim., 1-6-1961, B. 286.

(96) Voir *supra*, n° 711 ; Crim., 30-11-1961, B. 491 ; D. 1962.225 ; Crim., 5 juillet 1962, Bull. Crim., 1962, n° 242, p. 501.

(97) Crim., 16-11-1934, D.H. 1936, som. 10. De même : Crim., 18-3-1921, B. 425 ; Crim., 16-6-1923, B. 236 ; Crim., 14-2-1929, B. 52 ; Crim., 9-3-1954, B. 104 et Crim., 26-7-1957, B. 586.

(98) Crim., 24-2-1883, B. 57.

nication avec son défenseur. Un inculpé se fondant sur l'article 8 de la loi de 1897 concernant la libre communication avec le défenseur (art. 116 C.P.P.), demanda au juge d'instruction la désignation d'un interprète. Le juge n'ayant pas acquiescé immédiatement, l'inculpé après un refus de la chambre d'accusation soumit sa requête à la Cour de cassation. Celle-ci répondit, par un arrêt du 22 juin 1933 (99) qu'aucun texte ne prescrivait au juge de désigner un interprète pour assister l'inculpé dans la prison.

817. — La présence d'un intermédiaire entre le juge et l'inculpé risque d'amener dans l'interrogatoire des erreurs. Pour assurer la régularité des opérations, l'article 332 C.I.C. exigeait que cette personne prête le serment « de traduire fidèlement les discours entre ceux qui parlent des langages différents ». Cette obligation préalable était prescrite à peine de nullité. Devait-on adopter la même attitude en matière d'instruction préparatoire ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé. Se fondant sur le caractère facultatif de la présence de l'interprète, il fut considéré que le serment n'était pas prescrit à peine de nullité. Admise par un arrêt du 27 juillet 1905 (100), cette solution figure à nouveau dans un arrêt du 26 juillet 1957 (101) : l'article 332 C.I.C. régit cette fonction uniquement devant la juridiction de jugement et non devant les juridictions d'instruction.

Si l'interprète intervient plusieurs fois au cours de la même affaire, il n'est pas nécessaire que le serment soit renouvelé à chaque acte ; prêté au commencement de l'instruction, il conserve sa force jusqu'à la fin de la procédure préparatoire (102).

La Cour de cassation a admis qu'il n'était pas nécessaire que la mention du serment figure dans l'acte : il peut être fait appel à des interprètes appartenant aux services judiciaires. Si le serment a été prêté en cette qualité, il n'est pas nécessaire de le renouveler dans chaque affaire (103). Il suffit pour la régularité de l'acte que le procès-verbal mentionne que l'interprète est assermenté pour justifier qu'il n'ait pas à prêter serment (104). Si le serment doit être prêté, la formule à utiliser n'est pas sacramentelle. C'est ce qu'a décidé la chambre criminelle dans un arrêt du 27 janvier 1959 (105).

818. — Le Code de procédure pénale reproduit ces diverses solutions de la jurisprudence. L'article 121 al. 2 C.P.P. prévoit l'appli-

(99) *Crim.*, 22-6-1933, B. 132, D.H. 1933.414.

(100) *Crim.*, 27-7-1905, B. 373.

(101) *Crim.*, 26-7-1957, B. 586. Voir aussi *Crim.*, 17-1-1931, B. 18.

(102) En ce sens *Crim.*, 11-5-1876, B. 117.

(103) *Crim.*, 30-11-1923, B. 415.

(104) *Crim.*, 14-4-1959, B. 218. Voir aussi *Crim.*, 26-3-1896, B. 122 ; *Crim.*, 29-4-1921, B. 192 ; *Crim.*, 30-11-1923, B. 415 et *Crim.*, 2-2-1933, B. 28.

(105) *Crim.*, 27-1-1959, B. 68, où il est admis que la mention « serment préalablement prêté » suffit à établir la régularité du serment puisque la loi établit une seule formule de serment à l'article 332, C.I.C. Cf. aussi : *Crim.*, 22-12-1876, B. 263 ; *Crim.*, 31-5-1879, B. 130 ; *Crim.*, 7-2-1895, B. 51 ; *Crim.*, 29-1-1925, B. 24 ;

cation des dispositions de l'art. 102, s'il est fait appel à un interprète. Le juge d'instruction a donc la faculté de faire appel à un interprète âgé de vingt et un ans au moins, à l'exclusion des greffiers et des témoins. Comme auparavant, le magistrat-instructeur demeure libre d'apprécier l'opportunité de faire appel à un interprète. L'inculpé ne pourrait obtenir une telle assistance, si elle n'est pas jugée utile. Cette disposition est remarquable si on la compare aux articles 272 et 344 C.P.P. (105 bis).

L'article 272 C.P.P. a trait à l'interrogatoire préalable à l'ouverture des débats et précise qu'il « doit être fait appel à un interprète si l'accusé ne parle ou ne comprend pas la langue française ». Et l'article 344 charge le président de la cour d'assises de nommer d'office un interprète lorsque l'accusé ou des témoins ne parlent pas la langue française ou lorsqu'il est nécessaire de traduire un document versé aux débats. Le contraste est net : au stade de l'instruction préparatoire, le magistrat apprécie souverainement l'utilité (l'article 102 indique « le juge peut »), au stade de l'instruction définitive, c'est une obligation. Cette remarque permet de montrer la différence de situation dans les deux hypothèses.

La première rédaction du Code de procédure pénale prévoyait que l'inculpé pouvait désigner aussi un interprète lorsque le juge avait décidé d'en nommer un. L'ordonnance du 23 décembre 1958 supprima cette faculté. Au stade de l'instruction, le juge est souverain, sans possibilité d'intervention des parties. Devant la cour d'assises, toutes les parties en cause peuvent récuser l'interprète nommé par le président, la cour tranchant la difficulté (art. 344 al. 2 C.P.P.).

819. — Pour garantir la sincérité des opérations, l'article 102 prévoit la prestation du serment pour l'interprète qui n'est pas déjà assermenté.

La première jurisprudence intervenue sur cette question témoigne de la continuité des solutions antérieurement adoptées. D'une part, il est estimé que la formule du serment des experts n'est pas sacramentelle, d'autre part, l'exécution scrupuleuse des formalités légales n'est pas contrôlée.

Le 15 décembre 1960 (106), il est affirmé que, satisfait au vœu de la loi, la mention apposée sur des procès-verbaux d'audition de témoins (ce qui pourrait s'entendre également d'un interrogatoire) que l'interprète ayant assisté le juge d'instruction a prêté le serment de traduire fidèlement les déclarations faites en langue arabe et en langue française, l'article 344 ne renfermant pas la seule formule sacramentelle.

Dans l'affaire soumise à la chambre criminelle le 23 février 1961 (107), il était prétendu que l'absence du nom de l'interprète

Crim., 26-3-1925, B. 104 ; Crim., 16-12-1938, B. 243. Voir aussi Crim., 21 mars 1962, Bull. Crim., 1962, n° 140 et Crim., 10-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 293, p. 624. (105 bis) Voir pour l'application de l'ar. 272, al. 4, C.P.P., Crim., 12-11-1964 ; Bull. Crim., 1964, n° 296, p. 629.

(106) Crim., 15-12-1960, B. 594. Voir aussi Crim., 21 mars 1962, B. 140.

(107) Crim., 23-2-1961, B. 118.

dans le procès-verbal ne permettait pas de vérifier s'il se trouvait dans un cas d'incompatibilité légale. Cette requête fut rejetée au motif que les énonciations des procès-verbaux constatant la présence de l'interprète suffisent à établir qu'il a apporté régulièrement son concours, serment préalablement prêté.

Il est permis de penser que c'est le caractère facultatif de l'assistance d'un interprète, qui explique la répugnance de la Cour de cassation à constater des irrégularités dans une procédure destinée à accroître les garanties offertes à l'inculpé.

Puisque l'interprète intervient de manière active dans l'acte, le procès-verbal devra contenir sa signature (art. 106 C.P.P.). La signature de toutes les personnes participant à l'acte est en effet nécessaire.

B. — L'AUDITION DE LA PARTIE CIVILE (108).

820. — Aucune disposition du C.I.C. ne prévoyait la manière dont la partie civile serait entendue. Aussi se posait la question de savoir si le magistrat-instructeur pouvait valablement obtenir le concours de cette personne. En matière de procédure de jugement, certaines particularités étaient prévues dans la mesure où cette juridiction est appelée à statuer sur les intérêts civils, en plus de la peine.

Par ailleurs, le plaignant apparaît comme le dénonciateur d'un fait dont il est la victime. Comme dénonciateur, il doit être suspect, car il fera en sorte de prouver la sincérité de sa démarche. D'une manière générale, les auteurs estimaient que le juge d'instruction pouvait l'entendre : sa mission l'oblige à ne rien laisser dans l'ombre, tout renseignement susceptible d'aboutir à la manifestation de la vérité doit être recherché (109). Le degré de crédibilité des éléments fournis sera apprécié souverainement par la juridiction de jugement, compte tenu de la qualité de l'auteur de la déclaration.

Une fois admis le principe de l'audition de la partie civile, il restait à déterminer le mode de cet acte. Il était, alors, nécessaire de se référer aux formes prévues pour les témoins (110). La loi du 8 décembre 1897, en introduisant un formalisme particulier pour l'interrogatoire de l'inculpé, ne modifia pas cet état de choses : la partie civile ne peut être qu'un témoin.

Il était, toutefois, regretté que la partie civile n'ait pas d'influence particulière sur le déroulement du procès, surtout qu'elle était autorisée à déclencher l'action répressive. La partie civile pouvait être lésée dans ses intérêts, alors qu'il lui était impossible d'intenter son action devant les juridictions civiles en raison de la règle « Le cri-

(108) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., notamment n^{os} 657 et 658.

(109) Faustin HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n^o 1844. GARRAUD, *op. cit.*, Tome III, n^o 804.

(110) En ce sens GARRAUD, Tome III, n^o 804.

minel tient le civil en l'état » (111). De plus, l'autorité de la chose jugée au criminel s'imposera au juge civil. Afin de sauvegarder ses intérêts, il fut admis que le dossier pourrait lui être communiqué. Mais comme la partie civile ne saurait obtenir plus de droits que l'inculpé lui-même — dont la liberté est en jeu — les dispositions de la loi de 1897 furent étendues à la partie civile par la loi du 22 mars 1921.

821. — Depuis cette époque, l'audition de la partie civile comporte un certain formalisme. D'une part, elle peut être assistée à toutes ses auditions d'un conseil; d'autre part, ce conseil peut prendre connaissance de la procédure avant l'acte. Le juge d'instruction doit donc procéder, à l'égard de la partie civile, comme pour l'inculpé. Les diverses formalités devront être rapportées au procès-verbal, sous peine de nullité de l'acte.

L'absence du conseil ne saurait, toutefois, vicier l'audition de la partie civile du moment que les formalités ont été remplies (112). Le Code de procédure pénale reproduit ces différentes dispositions : l'article 114 al. 5 autorise l'assistance d'un conseil dès la première audition, et l'article 118 concerne les formalités à accomplir avant chaque audition (113).

La jurisprudence a eu l'occasion de déterminer ce qu'il fallait comprendre par audition de la partie civile. Il a été admis par un arrêt de la chambre criminelle du 17 février 1927 (114) que ne constituait pas une audition au sens de la loi de 1921 l'opération qui a consisté avant toute information, à demander à la partie civile si elle maintenait sa plainte. En revanche, cet acte serait une véritable audition de la partie civile si le juge d'instruction l'invitait à prendre connaissance des explications des inculpés. Le 25 juillet 1960 (115), la Cour de cassation a décidé qu'un tel procès-verbal d'audition de la partie civile, contenant, d'ailleurs, son intention de consigner les frais d'une expertise en écriture, constituait « un acte d'instruction tendant à la constatation du délit et à la poursuite de ses auteurs ».

Ces décisions sont comparables à celles rendues à propos de l'interrogatoire de l'inculpé : l'audition de la partie civile doit avoir pour objet le fond même de l'affaire. Une demande de pure forme ne saurait exiger l'appareil formel des demandes au fond.

822. — Antérieurement à la loi de 1921, il était normal de procéder à l'audition de la partie civile sous la foi du serment. Cette manière

(111) Pour l'application de cette règle, voir : Civ. 2° s. 26-10-1961 ; J.C.P. 1962.II.12566, note Chambon, G.P. 9-1-1962 ; Civ. 1°, 2-2-1960 ; D. 1961.233, note Bouzat ; Civ. (1) 11 mars 1964, G.P. 13 juin 1964.

(112) Sur ce point du formalisme, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos de l'inculpé, *supra*, n° 815.

(113) Comme pour l'inculpé, la partie civile n'aura ces garanties formalistes qu'après avoir déclaré son intention d'être assistée d'un conseil, ce qu'elle peut faire à tout moment (art. 117, C.P.P.). Voir à ce propos : Crim., 12-7-1960, B. 368.

(114) Crim., 17-2-1927, B. 56 ; S. 1929.I.36.

(115) Crim., 25-7-1960, B. 393.

de faire est-elle désormais interdite ? Saisie à deux reprises de cette question, la Cour de cassation l'a tranchée dans le même sens. Par un arrêt du 28 mars 1924 (116), il est affirmé qu'il n'y a aucune nullité lorsque, au cours de l'instruction, la partie civile a été entendue sous la foi du serment, la loi du 22 mars 1921 n'ayant rien modifié à cet égard. Cette motivation figure à nouveau dans un arrêt du 15 décembre 1959 (117) : « Une telle irrégularité n'étant pas de nature à lui causer préjudice ». Seule l'audition de la partie civile sous serment à l'audience pourrait entraîner la nullité si elle a eu lieu malgré l'opposition des parties. Certes, cette procédure est irrégulière, mais l'acte d'instruction demeure valable.

Pour l'exécution de cet acte, le juge d'instruction pourrait solliciter le concours d'un interprète destiné à faire comprendre à la partie civile les questions qu'il veut lui poser. Les formalités des articles 102 et 106 C.P.P. seront à ce moment applicables.

823. — Il importe de constater que malgré le parallélisme voulu par la loi relativement aux formes des interrogatoires et de l'audition de la partie civile, une différence demeure. Il y a des garanties auxquelles les parties peuvent renoncer comme l'assistance d'un défenseur ou la mise à la disposition de celui-ci du dossier de la procédure. Cette renonciation est admise avant ou après l'exécution de l'acte.

Sur ce plan, l'inculpé et la partie civile disposent des mêmes pouvoirs. En revanche, l'interrogatoire ne peut jamais être effectué par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire. L'inculpé ne peut renoncer à cette garantie d'ordre public. La partie civile, au contraire, peut, sur sa demande expresse, être entendue par un officier de police judiciaire (art. 152 C.P.P.). Cet aspect corrobore la constatation déjà effectuée que la prestation de serment de la partie civile ne saurait entraîner la nullité de l'acte. A l'égard de la partie civile, les garanties formelles sont moins nécessaires puisqu'elle ne risque pas le prononcé d'une peine et c'est la raison pour laquelle les règles édictées ne sont pas d'ordre public.

C. — LES AUDITIONS DE TÉMOINS.

824. — Pour les auditions de témoins, le formalisme va apparaître pour garantir l'objectivité des faits rapportés. Il importe, en effet, que les déclarations soient inspirées par le souci de manifester la vérité, puisque le juge se borne à recevoir des renseignements qu'il ne peut toujours vérifier.

Le Code d'instruction criminelle, pour éviter l'intrusion de personnes étrangères à l'affaire, indiquait que le juge d'instruction ferait citer devant lui les personnes mentionnées dans la dénonciation ou la

(116) Crim., 28-3-1924, B. 149 ; S. 1925.I.379. (Voir auparavant Crim., 30-5-1908 ; S. 1911.I.606 et Crim., 13-1-1911, B. 29 ; S. 1911.I.607.)

(117) Crim., 15-12-1959, B. 549. Voir aussi Crim., 24-2-1921 (B. 96) pour un témoin entendu sous serment qui se constitue partie civile après son audition.

plainte (art. 71 C.I.C.). Cette citation devait être représentée avant la déposition du témoin, et mention en était faite au procès-verbal (art. 74 C.I.C.). Par ce moyen, les rédacteurs du Code entendaient éviter la venue de suspects qui auraient désiré égarer l'action de la justice (118). Devant les frais que pouvaient entraîner les citations, il est arrivé que le juge d'instruction n'utilisât pas le procédé de la citation par ministère d'huissier.

Cette manière de procéder fut considérée comme valable sous l'empire du C.I.C. La seule différence qui existait avec la citation, consistait en ce que le juge ne pouvait pas prononcer l'amende contre le témoin défaillant (art. 80 C.I.C.). Le C.P.P. admet la procédure simplifiée de la convocation administrative. L'article 101 dispose « le juge d'instruction fait citer devant lui par un huissier ou par un agent de la force publique, toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile »... « Les témoins peuvent aussi être convoqués par lettre simple, par lettre recommandée ou par la voie administrative. »

Mais il n'est plus exigé d'eux qu'ils représentent le titre qui les a sollicité de venir participer à la procédure d'instruction. Cela serait désormais inutile puisque l'article 101 dispose *in fine* « Les témoins peuvent, en outre, comparaître volontairement ». La loi ne suspecte plus les témoins qui viennent spontanément présenter leurs dépositions. Cela est regrettable, car rien n'empêchait autrefois le magistrat de recevoir d'autres renseignements qui n'étaient pas considérés comme témoignages. Il est possible, dans ces conditions, d'affirmer que la garantie tirée de ce que les témoins soient appelés par un juge est ôtée aux témoignages.

825. — En revanche, demeure la garantie résultant du fait que les témoins doivent être entendus séparément, en dehors de la présence du prévenu. Le témoin sera seul avec le magistrat et il pourra témoigner en toute liberté sans aucune espèce de contrainte. L'article 102 al. 1 C.P.P. reprend à ce propos les dispositions de l'article 73 C.I.C.

On peut, alors, se demander si une confrontation est possible. Certains s'y opposaient en prétextant que l'inculpé ne pourrait bénéficier des contradictions des divers témoins. En ce qui concerne la confrontation d'un témoin et de l'inculpé, la loi du 8 décembre 1897 est venue valider cette procédure, en la réglementant. Il en est de même pour la confrontation d'un témoin avec la partie civile. Cet acte est autorisé, actuellement, par le texte même de l'article 118 C.P.P. Comme nous l'avons montré précédemment, il s'agit d'un acte distinct de l'interrogatoire et ne répondant pas au formalisme normalement applicable à ce dernier (119). C'est, du reste, ce que vient de décider la chambre criminelle dans un arrêt du 30 novembre 1961 (120). L'article 118 al 3 C.P.P. « ne saurait s'étendre... notamment aux confrontations auxquelles une reconstitution du crime a pu donner lieu ».

(118) Cf. Jousse, T. II, p. 77.

(119) Cf. *supra*, n° 711.

(120) Crim., 30-11-1961, B. 491 ; D. 1962.225.

Le problème demeure entier, toutefois, en ce qui concerne les confrontations entre témoins. Le C.I.C. ne disposait rien à cet égard, mais la Cour de cassation fut saisie d'une hypothèse semblable.

Un juge d'instruction avait procédé à la confrontation de témoins entre eux. L'inculpé fit valoir que le Code avait prescrit l'audition séparée des témoins et que ce principe constituait une garantie pour la défense. La chambre criminelle, par un arrêt du 25 juin 1958 (121), rejeta le pourvoi en indiquant que la règle de l'article 73 C.I.C. (art 102 al. 1 C.P.P.) n'était pas prescrite à peine de nullité.

Une telle décision serait susceptible d'être rendue actuellement. Cependant, si la solution est exacte, il nous semble que la motivation est défectueuse. En effet, la confrontation entre témoins ne doit pas être assimilée à l'audition de témoins. Il s'agit, en réalité, d'un acte d'instruction innommé auquel le juge procède pour obtenir la manifestation de la vérité. Avant de les confronter entre eux, il avait procédé à leur audition qui, elle, avait été secrète et menée conformément à la loi. C'est, d'ailleurs, parce qu'ils avaient été entendus préalablement que le juge avait estimé utile de les confronter.

Aussi, au lieu de prendre appui sur l'absence de nullité édictée par la loi à la règle de l'audition séparée, il nous apparaît qu'il aurait dû être décidé qu'il s'agissait d'un acte d'instruction non prévu par la loi, dont le déroulement avait été conforme à l'esprit des règles du C.I.C.

826. — De ce que l'audition a lieu devant un juge, ou son représentant, on peut estimer qu'il y a là une garantie : le magistrat examine les attitudes du témoin, ses hésitations et tout ce qui peut aider à révéler le doute ou l'incertitude des déclarations (122). Le texte de la loi précise d'ailleurs « les témoins seront entendus ». Normalement les dépositions écrites doivent être écartées du dossier de l'instruction. Cependant, la Cour de cassation n'a pas hésité à admettre la validité d'une simple lettre adressée par le témoin. Ce témoin avait été entendu sur commission rogatoire, et à la réception des pièces, le magistrat demanda une précision sur un point important de la déposition, qui lui fut adressée par lettre. L'inculpé fit valoir que les garanties légales n'avaient pas été respectées mais la chambre criminelle rejeta le pourvoi en considérant que les prescriptions n'étaient pas édictées à peine de nullité (123).

Il est regrettable que la jurisprudence ait pu admettre la validité d'un tel acte qui ne remplissait pas les conditions objectives de régularité. Il faut, toutefois, convenir qu'en fait, cet acte même irrégulier

(121) Crim., 25-6-1958, B. 498.

(122) Il est à noter que tous ces éléments ne sont pas inutiles. Les travaux de psychologie judiciaire ont démontré les difficultés concernant l'admission de la preuve testimoniale. Cf. ALTAVILLA, « Psychologie judiciaire », Paris, 1959, éd. Cujas. GORPHE, « La critique du témoignage » (1927), « L'appréciation des preuves en justice » (1947).

(123) Crim., 24-2-1927, B. 64 ; S. 1928.I.334. En l'espèce, il n'était pas prouvé que le jugement se fût fondé à titre principal sur ce document.

n'avait pu porter préjudice à l'inculpé puisqu'il n'avait pas été le fondement de la décision de condamnation.

827. — La garantie primordiale en vue d'obtenir la sincérité du témoignage est certainement le serment exigé du témoin. L'article 75 C.I.C., puis l'article 103 C.P.P. le prescrivent. Par le serment, la loi veut attirer l'attention de la personne entendue, sur la gravité de ses déclarations. Pour conférer l'autorité aux témoignages, la loi a assorti le refus de témoigner d'une sanction que le juge d'instruction peut prononcer. Le C.I.C. prévoyait seulement le fait de ne pas satisfaire à la citation. Cela emportait-il la sanction du refus de témoigner et de déposer ? Pour éliminer toute équivoque, le Code de procédure pénale indiquait, dans sa première rédaction que si le témoin est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer, seul le refus de comparaître est sanctionné pénalement. L'ordonnance du 23 décembre 1958 a modifié sur ce point l'article 109, en prévoyant qu'une amende de 400 F à 1000 F pourra être prononcée à l'encontre du témoin qui, soit refuse de comparaître, soit refuse de prêter serment, soit refuse de déposer.

Cette sanction pourrait être prononcée même à l'égard d'une personne tenue au secret professionnel. En effet, la prestation de serment doit avoir lieu avant que le magistrat ne demande des explications et tant qu'elle ignore les questions, il lui est impossible d'opposer le respect du secret professionnel (124). L'article 109 al. 1 C.P.P. réserve l'application de ces dispositions.

Si le serment doit être prêté, la formule n'est pas sacramentelle. L'article 103 C.P.P. laisse entendre qu'il suffit de jurer de dire toute la vérité, rien que la vérité. Le serment n'en serait pas moins valable si le témoin se contentait de dire « je le jure ». Devant les juridictions de jugement, toutes sortes de formules ont, en effet, été admises.

Il existe une catégorie de personnes qui ne peuvent prêter serment. Ayant été condamnées à la dégradation civique, la loi leur interdit de témoigner. Il en est de même pour les enfants. Primitivement, le C.I.C. avait fixé l'âge à partir duquel le serment pouvait être prêté, à 15 ans (art. 79 C.I.C.). Le Code de procédure pénale l'a élevé à 16 ans (art. 108 C.P.P.).

Dans toutes ces hypothèses où le serment ne peut être donné, la loi considère les actes obtenus comme de simples déclarations. C'est affirmer — *a contrario* — que la formalité du serment est destinée à garantir la sincérité de la déposition des témoins.

828. — De ce fait, on serait tenté de considérer le serment comme une forme essentielle dont l'absence devrait entraîner la nullité de l'acte. Cependant, outre qu'aucune disposition spéciale ne prescrive ce formalisme à peine de nullité, la jurisprudence n'a jamais voulu admettre une telle sanction. Deux raisons peuvent être invoquées : d'une part, le juge d'instruction peut recueillir les déclarations de

(124) Voir, à ce propos, F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1846 à 1857.

personnes incapables de témoigner; d'autre part, le faux témoignage n'est pas puni lorsqu'il a lieu au cours de l'instruction préparatoire. L'article 361 du Code pénal ne réprime, en effet, que le faux témoignage produit devant une juridiction de jugement. Jusqu'à ce moment, le témoin peut se rétracter. Par là, cet acte apparaît comme provisoire et l'absence de serment ne saurait entraîner de vice pour une mesure provisoire et essentiellement révisable.

La Cour de cassation a pu ainsi décider par un arrêt du 14 juin 1866 (125) qu'il n'y avait aucune nullité lorsque le serment des témoins entendus dans l'instruction écrite n'est pas constaté. Il y a lieu seulement de prescrire l'amende contre le greffier. Cette affirmation est reprise dans deux arrêts ultérieurs (126). Le Code de procédure pénale, comme son aîné, n'a prescrit aucune nullité en cas de violation des formes pour la réception du témoignage. Les raisons fondant cette attitude demeurant les mêmes, il est à penser que la Cour suprême ne prononcerait aucune annulation (127).

829. — Le juge d'instruction est libre d'ordonner les témoignages qui lui semblent utiles à la manifestation de la vérité : il apprécie l'opportunité d'une telle mesure (128). Toute personne peut être entendue à titre de témoin, même si elle doit, par la suite, intervenir dans la procédure à un autre titre. Ainsi, ne peut être nul le témoignage donné par une personne dont l'inculpation interviendra plus tard (129) : de même l'audition de la partie civile en qualité de témoin ne peut être une source de nullité (130). La jurisprudence a même admis la déposition comme témoin d'un expert commis qui n'a pas encore rédigé son rapport (131). Tout cela reflète le caractère provisoire du témoignage, c'est un acte susceptible de variations dont la fixité ne saurait être acquise au stade de l'instruction.

Aussi, les garanties de régularités de cet acte ne sont-elles que des suggestions.

La différence avec l'expertise est alors frappante. Pour cet acte, en effet, la jurisprudence a reconnu à la prestation de serment un caractère substantiel. De prime abord, la disproportion peut sembler choquante, car le juge n'est pas plus lié par l'avis d'un expert que par un témoignage. Il apprécie seulement si les éléments soumis peuvent emporter sa conviction ou non. En réalité, le témoignage fourni n'est pas définitif : l'acte écrit du juge d'instruction ne pourra servir comme tel, il faudra renouveler cet acte devant la juridiction de jugement. Au contraire, l'expertise ne pourra pas être recommencée car les pièces étudiées auront disparu ou seront transformées. Il sera seule-

(125) Crim., 14-6-1866, B. 153.

(126) Crim., 3-9-1874, B. 253 ; Crim., 26-6-1884, B. 208.

(127) Voir à cet égard : Crim., 28 janvier 1964, Bull. Crim., 1964, n° 31, p. 72.

(128) Ainsi Crim., 5-2-1921, B. 61.

(129) Voir *supra*, n° 676 et ss., la question des inculpations tardives.

(130) Cf. *supra*, n° 822 ; Crim., 15-12-1959, B. 549.

(131) Ainsi Crim., 3-4-1924, B. 153.

ment possible d'obtenir des compléments, des précisions sur tel ou tel point, ou de confronter les théories d'un expert avec celles d'un autre, mais l'expérience proprement dite ne saurait être recommencée. Aussi le respect des formes doit-il être plus sévèrement sanctionné.

D. — L'EXPERTISE (132).

830. — Le C.I.C. ne consacrait à cet acte qu'un article, à propos des morts violentes et des actes effectués en cas de flagrant délit. L'article 43 disposait : « Le procureur de la République se fera accompagner, au besoin, d'une ou de deux personnes présumées par leur art ou leur profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou délit. » L'article 44 en précisait le formalisme « Les personnes appelées prêteront devant le procureur de la République le serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience ».

La première décision que la Cour de cassation ait rendu à ce propos présente les formalités des articles 42 à 44 C.I.C. comme facultatives. Par un arrêt du 30 janvier 1818, 133), il est affirmé que l'observation de ces articles, notamment en ce qui concerne le serment de l'homme de l'art, n'est pas prescrite à peine de nullité.

Cet arrêt allait être sans lendemain. Puisque aucun autre texte ne prévoyait l'assistance d'un homme de l'art aux autres stades de la procédure, ces dispositions furent largement appliquées. La Cour de cassation a pu, ainsi, juger (134) que la mention au procès-verbal de constatation du corps du délit dressé par un juge de paix que les experts ont préalablement à l'opération prêté le serment requis en ce cas, est suffisante et satisfait au vœu de la loi. Il a été affirmé, alors, que la formalité du serment est substantielle pour imprimer aux actes des experts l'autorité sans laquelle aucun caractère public ne saurait leur appartenir (135).

831. — Le serment doit être prêté préalablement à l'exécution de la mission et constaté régulièrement sous peine d'entraîner l'annulation de la procédure. La première fois qu'il est fait état plus particulièrement de la prestation du serment en matière d'instruction préparatoire résulte d'un arrêt du 24 décembre 1904 (136). La Cour suprême affirme qu'« aux termes de l'article 44 C.I.C., les experts doivent prêter le serment de faire leur rapport et de donner leur avis en honneur et conscience, que cette disposition est nécessaire pour imprimer

(132) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n^{os} 519 à 530. VOUIN et LEAUTÉ, « Manuel de capacité », pp. 198 et 230. VITU, p. 223 et la bibliographie citée. BOUZAT, *op. cit.*, n^{os} 1192 à 1210. DONNEDIEU DE VABRES, n^o 1248. VIDAL et MACNOL, *op. cit.*, n^{os} 728 et 728 bis. GARRAUD, T. I, n^{os} 317 à 371. F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n^o 1896.

(133) Crim., 30-1-1818, B. 15.

(134) Crim., 16-1-1836, B. 19.

(135) Le serment des experts doit être fourni et non celui des témoins : Crim., 8-4-1847 ; D.P. 1947.4.439 ; Crim., 17-3-1864 ; S. 1864.I.432.

(136) Crim., 24-12-1904, B. 550 ; D.P. 1905.I.206.

aux actes des experts commis l'autorité sans laquelle aucun caractère public ne saurait leur appartenir, qu'elle est substantielle et qu'elle doit précéder l'accomplissement de la mission des experts ». En l'espèce, le procès-verbal nommant l'expert ne faisait pas mention du jour où le serment avait été prêté et la Cour de cassation annula la procédure.

Depuis lors, cette jurisprudence a été continuellement suivie (137). Un arrêt de la chambre criminelle rendu le 22 mai 1959 (138) atteste cette position : les experts régulièrement désignés par le magistrat instructeur doivent prêter serment avant d'accomplir leur mission. Cette formalité substantielle qui se rattache à l'ordre public doit précéder l'accomplissement de la mission donnée par la justice.

832. — Cette formalité devra être constatée par un acte. Toute pièce de la procédure pourra servir à cette constatation (139). Ainsi la mention sur un procès-verbal de transport que le juge est assisté d'un expert qui a prêté préalablement serment prouvera la régularité de l'acte, surtout si le rapport même de l'expert rappelle la prestation du serment (140). Cet acte, cependant, doit être régulièrement établi. Il en sera ainsi lorsqu'il résultera d'un acte signé du juge et de son greffier. Si ce document est irrégulièrement dressé, il ne pourra attester la prestation du serment. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 14 février 1907 (141) où le document ne comportait pas la signature du juge d'instruction, omission qui était également reconnue dans un arrêt du 27 juin 1957 (142).

Il en serait de même si la date était absente, car il ne serait pas possible de déterminer si réellement le serment a été prêté avant le début des opérations d'expertise (143). Dans ces conditions, l'expert ne peut, à lui seul, constater sa propre prestation de serment. Aucune certitude n'existerait quant à l'exactitude du fait. C'est ce qu'a admis la Cour de cassation par un arrêt du 23 juin 1921 (144). Dans le dossier de la procédure ne figurait aucun procès-verbal permettant de savoir si l'expert avait prêté serment. La seule mention résidait dans

(137) Pour la nécessité du serment des experts, voir la jurisprudence du XIX^e siècle in LE POITTEVIN, « C.I.C. annoté », sous article 44, n° 78. *Adde* Crim., 2-2-1907, B. 62 ; Crim., 26-6-1909, B. 329 ; Crim., 22-2-1912, B. 109 ; Crim., 2-8-1913, B. 394 ; Crim., 10-3-1927, B. 73 ; Crim., 7-8-1929, B. 232 ; Crim., 9-4-1957, B. 348 ; Crim., 27-6-1957, B. 529 ; Crim., 19-4-1958, B. 324 ; Crim., 4-12-1958, B. 723.

(138) Crim., 22-5-1959, B. 266.

(139) Ainsi Crim., 15-7-1905, B. 358 ; Crim., 8-2-1906, B. 65 ; Crim., 10-1-1913, B. 15 ; Crim., 8-1-1914, B. 15 ; Crim., 2-5-1924, B. 186 ; Crim., 3-7-1924, B. 270.

(140) Crim., 3-3-1921, B. 103.

(141) Crim., 14-2-1907, D.P. 1907.I.391.

(142) Crim., 27-6-1957, B. 529. Voir le cas où la signature du juge constate régulièrement le serment : Crim., 19-3-1953, B. 99.

(143) Crim., 6-2-1909, B. 85 ; Crim., 24-12-1904, B. 550 ; G.P. 1905.I.124.

(144) Crim., 23-6-1921, B. 264.

la constatation faite en tête du rapport; aussi fut-il considéré que la preuve du serment n'était pas rapportée régulièrement (145).

On pourrait inférer de cette exigence particulière que la formule du serment soit sacramentelle et qu'il soit vérifié la concordance du serment prêté avec la formule de l'article 44 C.I.C. Mais la Cour de cassation n'a pas estimé utile une telle conception. Il suffit pour que la loi soit respectée que le serment soit du type de celui prévu à l'article 44. Un arrêt du 16 juillet 1829 a posé le principe qui est formulé à nouveau dans un arrêt du 7 août 1951 (146).

833. — Si le juge d'instruction réclame une nouvelle expertise ou un complément d'expertise à la personne déjà investie d'une telle mission, sera-t-il nécessaire de lui demander de prêter serment à nouveau ?

Il pourrait sembler utile d'obtenir le renouvellement du formalisme, car le premier serment visait uniquement la première mission. Cependant, la Cour de cassation n'a pas estimé utile une nouvelle prestation de serment. Faustin Hélie, d'ailleurs, pensait que « le premier serment dominait toutes les opérations de l'affaire;... il serait inutile d'en renouveler l'accomplissement à chaque acte de leur fonction, ce serait substituer à une garantie réelle, une formule stérile » (147).

Il fut affirmé dans un arrêt du 4 novembre 1836 (148) que le serment prêté à l'audience d'un jour est valable pour l'audience du lendemain. Plus récemment, un arrêt du 16 novembre 1922 (149) reproduit cette même affirmation : un rapport additionnel à un précédent rapport avait été déposé par un expert régulièrement commis et assermenté. Dès lors, la Cour de cassation constate que le supplément d'expertise a eu lieu sur l'initiative du magistrat-instructeur dans la même période de la procédure (150).

Le serment, en revanche, aurait besoin d'être renouvelé si l'expertise était sollicitée à un autre stade de la procédure, notamment devant la juridiction de jugement. La Cour de cassation l'a proclamé à plusieurs reprises et plus particulièrement le 19 juin 1931 (151). Dans cette dernière affaire, il est affirmé que l'expert commis au cours d'un supplément d'information doit prêter le serment prescrit, même dans le cas où il aurait été commis antérieurement dans la même affaire, et aurait prêté serment avant de commencer la première expertise.

(145) Crim., 22-5-1959, B. 266.

(146) Crim., 16-7-1829, S. chron. ; Crim., 16-1-1836, B. 19 ; Crim., 20-12-1856, D. 1856.I.95 ; Crim., 2-8-1888, B. 260 ; D.P. 1889.I.124 ; Crim., 20-1-1893 ; D.P. 1895.I.213. Voir aussi les arrêts cités par LE POITTEVIN, « C.I.C. annoté », sous article 44, n° 93 ; Crim., 7-8-1951, B. 254 ; D. 1951.588.

(147) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1896.

(148) Crim., 4-11-1836, B. 363.

(149) Crim., 16-11-1922, B. 364.

(150) Voir aussi Crim., 8 octobre 1959, Bull. Crim., 1959, n° 419.

(151) Ainsi Crim., 17-1-1851, B. 27 ; Crim., 30-1-1855, B. 237 ; Crim., 19-6-1931, B. 179.

834. — Puisqu'il est nécessaire que le serment soit prêté, deux corollaires découlent de ce principe : d'une part, l'interdiction pour l'expert de se faire assister d'une personne non désignée par le juge d'instruction; d'autre part toute utilisation d'un homme de l'art nécessite un serment. Or, sur ces deux points, la jurisprudence se révèle libérale, ce qui ne concorde pas avec l'attitude adoptée relativement à l'exigence du serment.

Assistance d'un tiers.

En matière civile, la Cour de cassation a admis que les experts puissent procéder avec l'assistance de tiers à leurs opérations. Par un arrêt du 4 janvier 1820 (152), la chambre civile déclarait qu'une cour d'appel pouvait valablement adjoindre aux experts nommés des personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles sur les lieux, sans qu'il soit permis aux parties d'alléguer que ces personnes n'étant tenues par aucun serment devant la justice n'offraient pas de garantie suffisante de l'impartialité de leurs renseignements. Par la suite, de nombreux arrêts ont aussi validé les expertises menées avec l'aide de tiers (153). Pouvait-il en être de même en matière d'expertise criminelle ?

D'une manière générale, la chambre criminelle s'est déclarée hostile à l'application en matière pénale des règles du Code de procédure civile (154). Mais précisément sur la question de l'aide par des tiers, la chambre criminelle a adopté une position analogue à celle de la chambre civile. Le 15 mars 1845 (155), il est admis que des experts peuvent demander des renseignements à des tiers sans pour autant sortir de leur mandat. La validité devait être reconnue également dans un arrêt du 30 juin 1932 (156). Mais il importe alors que l'expert sollicite uniquement des renseignements; il ne faudrait pas que, sous ce motif, l'expertise soit en fait déléguée à un tiers.

C'est ce qui s'était produit dans une affaire (157). Un juge d'instruction avait chargé un médecin, chef d'un service de santé, d'examiner si des taches se trouvaient sur des vêtements. Cette personne confia en fait le soin de faire les recherches à un tiers, un pharmacien chef de laboratoire. L'expert désigné par le magistrat n'avait fait que reproduire dans son rapport les conclusions qui lui avaient été présentées. Dans ces conditions, la Cour de cassation a annulé ladite expertise car elle avait été menée par un tiers. A notre avis, cette solu-

(152) Civ., 4-1-1820, S. 1820.I.160.

(153) Ainsi Civ. 13-11-1867, D. 1868.I.214 ; Civ. 31-7-1872, S. 1873.I.22 ; Req. 15-5-1876, D.P. 1876.I.376 ; Civ. 9-1-1893, D. 1894.I.339 ; Civ. (1) 28-6-1954, D. 1954.612 et la note.

(154) Ainsi pour les expertises : Crim., 15-11-1844, B. 369 ; Crim., 21-7-1953, B. 252. Et encore Crim., 22 juillet 1964, Bull. Crim., 1964, n° 244, p. 522.

(155) Crim., 15-3-1845, B. 102.

(156) Crim., 30-6-1932, B. 161 ; D.P. 1933.I.23, note Leloir ; S. 1933.I.196. Voir aussi Crim., 5-1-1957, D. 1957.351, note P.A. ; S. 1957.255.

(157) Crim., 14-6-1957, B. 494.

tion est exacte : l'expert a la possibilité de se documenter sur des faits, mais il ne peut déléguer sa mission à une personne qui n'a pas prêté serment. L'expert, en effet, a été choisi par le juge en raison de ses connaissances personnelles et il ne pourrait déléguer ses pouvoirs pour un acte où l'*intuitus personae* a exercé une influence. De plus, la garantie d'objectivité et de sérieux dont la loi a voulu entourer les expertises ne se retrouve plus puisque la personne déléguée n'a pas prêté serment. Et cependant, dans certaines hypothèses, la jurisprudence n'a pas considéré le serment obligatoire bien que le recours d'un homme de l'art ait été nécessaire.

Homme de l'art sollicité sans obligation de serment.

835. — La chambre criminelle a admis, parfois, que la présence de l'homme de l'art ne constituait pas toujours une expertise. Il en a été ainsi dans une affaire du 10 janvier 1850 (158). Devant la cour d'assises, le président avait fait lever un plan des lieux sans que l'architecte ait prêté serment. La Cour de cassation considéra qu'il n'y avait pas en réalité expertise, et que ce document devait valoir comme simple renseignement.

Ce caractère de renseignement a été aussi reconnu le 4 mars 1889 (159) à propos d'une vérification demandée par un commissaire de police et relatée dans un certificat. Il fut même admis, dans une affaire, qu'il y avait apparence de rapport médico-légal, et qu'en l'absence du serment, il s'agissait uniquement d'un renseignement (160). Il en serait de même si aucune commission d'expert n'était trouvée : les documents se présentent comme de simples rapports administratifs valant renseignements (161).

Ces solutions paraissent étranges, car la distinction est très fragile entre l'acte effectué à la suite d'une expertise régulière et le simple renseignement : tous deux exercent une influence identique sur la conviction des membres d'une juridiction de jugement.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 5 mai 1959 (162) va aider à délimiter l'expertise du simple renseignement. Dans cette affaire, un juge d'instruction avait requis un photographe pour prendre plusieurs clichés de la victime de l'assassinat. Il était prétendu, par la suite, que cette personne n'avait pas prêté le serment des experts et que cette expertise devait être annulée. La chambre criminelle rejeta cette prétention en constatant que les documents avaient été versés au dossier à titre de renseignements, et que le serment n'était pas exigé. Il importe de relever la motivation de cet arrêt : « Le photographe en prenant des clichés ne donne aucun avis, seul le juge se forme une opinion. »

(158) Crim., 10-1-1850, B. 7.

(159) Crim., 4-3-1889, B. 166.

(160) Ainsi Crim., 7-3-1902, B. 98.

(161) Crim., 19-3-1908, B. 113 et Crim., 10-12-1908, B. 491.

(162) Crim., 5-5-1959, B. 242.

Il est possible, alors, d'affirmer que l'expertise véritable exige que le magistrat ne puisse de lui-même se former une opinion sur le sens des faits révélés. Pour ce faire, il recourt à un homme de l'art qui fournit un pronostic. Ainsi, dans l'affaire des photographies l'homme de l'art n'avait fourni aucune appréciation personnelle et il ne pouvait s'agir d'une expertise soumise à l'obligation de serment.

836. — Le serment est la seule et substantielle forme de l'expertise. Les textes du C.I.C. étaient si brefs que la question s'était posée de savoir s'il convenait de faire appel, pour le déroulement des opérations, au Code de procédure civile, notamment en ce qui concerne la remise des documents, ou la présence des parties.

Par un arrêt du 1^{er} avril 1843 (163), la Cour de cassation a estimé que pour l'expertise criminelle, il n'était pas nécessaire de recevoir les déclarations des parties avant la remise des documents, comme cela est de règle en matière civile. De même, la présence de l'inculpé aux opérations d'expertise ordonnées par le juge d'instruction n'est pas obligatoire. Formulée pour la première fois le 15 novembre 1844 (164), cette règle a été continuellement suivie par la Cour de cassation (165), que l'expertise se rapporte au fond même de l'action pénale ou seulement à la détermination des intérêts civils. C'est ce que rappelle un arrêt rendu le 21 juillet 1953 (166) en précisant que les expertises pénales sont régies non par les dispositions du Code de procédure civile mais par les articles 43 et 44 C.I.C. qui n'exigent pas la présence ou la convocation des parties aux opérations des experts commis par le juge d'instruction ou la juridiction de jugement.

Aucune autre forme n'est exigée. Le juge d'instruction pourrait, le cas échéant, suivre le déroulement de ces opérations sans que l'on puisse prétendre qu'il a essayé de remplacer l'expert. C'est d'ailleurs ce qu'a admis la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris le 26 décembre 1916 (167). Le juge, cependant, en cas de désaccord entre les experts ne pourrait s'ériger en tiers-expert (168).

837. — Quelques modifications sont intervenues en matière d'expertise au cours de l'application du C.I.C. Un décret-loi du 8 août 1935 destiné à accélérer le cours des procédures criminelles a introduit des délais. L'article premier de ce texte prévoit que le juge doit impartir à l'expert un délai pour l'exécution de sa mission, délai qui, normalement, ne doit pas excéder trois mois à compter de la prestation de

(163) Crim., 1-4-1843, B. 75.

(164) Crim., 15-11-1844, B. 369.

(165) Voir notamment : Crim., 2-1-1858, B. 1 ; Crim., 30-3-1860, B. 90 ; Crim., 24-4-1863, B. 129 ; Crim., 27-12-1878, B. 237 ; Crim., 8-3-1884, B. 75 ; Crim., 13-7-1906, B. 287 ; D.P. 1907.I.365 ; Crim., 9-11-1934, D.P. 1934.I.163, note J. Ch. L. ; Crim., 14-2-1946, B. 55 ; Crim., 1-3-1951, B. 68.

(166) Crim., 21-7-1953, B. 252.

(167) Paris, 26-12-1916, D.P. 1918.I.97, note Leloir ; cf. F. HÉLIE, *op. cit.*, T. IV, n° 1897.

(168) Crim., 17-2-1888, D.P. 1888.I.141.

serment. Celui-ci doit être accompli dans le délai de huit jours suivant la commission par le juge.

Si l'expert ne respecte pas ces dispositions, il doit être aussitôt remplacé, à moins qu'il n'ait sollicité du magistrat, sur simple requête, une prolongation du délai en raison de circonstances délicates et particulières. Le magistrat, en ce cas, rend une ordonnance motivée, susceptible de voie de recours. L'expert qui, de manière habituelle, dépasserait les délais, pourrait faire l'objet d'une sanction disciplinaire consistant en la radiation des listes d'experts agréés par les tribunaux. Désormais, en effet, sont établies des listes groupant les personnes habituellement choisies par la justice. Mais aucune dérogation ne résulte de l'inscription, notamment en ce qui concerne la règle du serment. La formulation de délais pour l'exécution des expertises n'apporta aucune garantie supplémentaire, car le plus souvent aucune sanction ne fut prononcée. L'acte, en particulier, demeure régulier.

Une loi du 15 juillet 1944, validée par une ordonnance du 3 mai 1945, modifia l'alinéa 2 de l'article 44 relatif au serment. Mais, puisque la formule n'avait pas été déclarée sacramentelle, aucune incidence n'en est découlée. Il était, toutefois, précisé que le serment serait fait verbalement ou par écrit selon la forme du rapport. La Cour de cassation eut l'occasion de décider qu'il importait peu que le serment fût oral et le rapport écrit. Par un arrêt du 5 juin 1947 (169), il fut déclaré : « Aucune nullité ne saurait résulter de l'expression écrite ou verbale du serment prêté dans les termes prévus par l'article 44. »

838. — L'intervention du Code de procédure pénale a modifié, de manière sensible, le déroulement des opérations de l'expertise. Désireux d'assurer à cet acte important des garanties de régularité, un accroissement du formalisme en est résulté. En revanche, l'omnipotence de l'expert a été amoindrie.

La première formalité intervient au moment de la désignation des experts. L'article 158 C.P.P. précise que le juge doit indiquer la mission exacte de l'expert, mission qui peut concerner uniquement une question d'ordre technique. Par là même, la loi a voulu assurer les parties que le magistrat ne s'est pas démis de ses attributions propres. Seule une difficulté technique est à l'origine d'une expertise.

L'expert désigné doit prêter le serment avant d'effectuer sa mission. Deux hypothèses sont à envisager. En effet, le C.P.P. a prévu que des listes d'experts seraient dressées soit par le bureau de la Cour de cassation, soit par les cours d'appel (art. 157). Lors de leur inscription sur ces listes, les experts prêteront le serment « d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience » (art. 160 al. 1 C.P.P.). Une fois ce serment prêté, il ne sera pas nécessaire de le renouveler avant chaque mission. Les experts figurant sur les listes sont assermentés. La première rédaction de l'arti-

cle 160 prévoyait le renouvellement chaque année judiciaire, mais l'ordonnance du 23 décembre 1958 a supprimé cette mention. C'est, d'ailleurs, de cette manière que la chambre criminelle a interprété ces dispositions. Le 5 octobre 1961 (170), il est affirmé que l'inscription sur une liste d'experts vaut dispense du serment non seulement pendant l'année judiciaire au cours de laquelle a eu lieu la première inscription mais aussi pour les années suivantes s'il a été régulièrement maintenu sur les listes.

Il est toutefois possible de choisir un expert en dehors des listes établies (art. 157 al. 3 C.P.P.). En pareille hypothèse, l'expert prêtera serment devant le magistrat qui l'a désigné, sous la forme orale. Cette opération sera constatée par un procès-verbal signé du magistrat, du greffier et de l'expert (art. 160 al. 2) (171). Exceptionnellement, le serment sera reçu par écrit, en cas d'empêchement motivé. La lettre contenant le serment sera annexée au dossier de la procédure (172).

Le serment de l'expert constitue, comme par le passé, une formalité substantielle nécessaire à la régularité de l'opération puisqu'un tiers est habilité à participer à la procédure. Toutefois, avec la dispense du serment en ce qui concerne les experts inscrits sur des listes, il est à prévoir que les irrégularités provenant de l'absence de serment préalable seront moins fréquentes.

Reprenant les dispositions du décret-loi de 1935, l'article 161 C.P.P. prescrit au juge d'instruction d'indiquer un délai à l'expert pour remplir sa mission. Cependant, le délai n'est plus mentionné de manière préfixe : ce qui peut paraître suffisant pour une affaire ne l'est pas nécessairement pour une autre, aussi le magistrat doit-il apprécier chaque fois le temps utile pour mener à bien la mission. En cas de nécessité, le juge pourra accorder une prolongation du délai, ou bien il aura la faculté de mettre fin à la mission en prescrivant à l'expert de rendre compte des opérations déjà effectuées en même temps qu'il restituera les objets et documents confiés. En outre, des mesures disciplinaires peuvent être exercées aux fins de radiation des experts.

839. — L'exigence du serment est maintenue, mais les modalités de son application sont bien assouplies. Il est un cas, toutefois, où le C.P.P. entend réagir contre une solution jurisprudentielle ancienne : à propos de l'assistance d'un tiers. Le C.P.P. distingue, selon la nature, des renseignements à obtenir : s'il s'agit d'une matière échappant à leur spécialité, il faut solliciter du juge l'adjonction des personnes compétentes. Celles-ci sont tenues de prêter serment conformément à l'article 160 al. 2 C.P.P. et leur rapport sera joint à celui des experts.

(170) *Crim.*, 5-10-1961, B. 381. Voir aussi *Crim.*, 3 mars 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 79, p. 182.

(171) Voir *Crim.*, 3 mars 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 79, p. 182.

(172) La loi a établi un parallélisme des formes pour la prestation de serment : l'expert inscrit sur une liste doit venir devant la Cour d'appel, et l'expert occasionnel doit venir devant le magistrat qui le désigne.

En revanche, les experts peuvent demander des renseignements pour l'accomplissement strict de leur mission. La rédaction même de l'article 164 C.P. n'est pas très nette et paraît en contradiction avec celle de l'article 162. Sur quelle base faut-il établir la distinction entre la question échappant à la spécialité de l'expert et le simple renseignement nécessaire à sa mission ?

Il serait possible d'affirmer que toute question est nécessaire à l'accomplissement de la mission, même si elle échappe à la spécialité de l'expert. En ce cas, l'article 164 videra de son sens, l'article 162. On peut aussi estimer qu'il s'agit d'une extension de la mission de l'expert. En pareille hypothèse, il appartient à l'expert de tenir le juge au courant, pour le mettre à même de prescrire toute nouvelle mesure, par application de l'article 161 al. 3.

En réalité, pour conserver aux deux articles 162 et 164 C.P.P. un champ d'application propre, il convient de partir de l'interprétation de l'article 164. Cet article concerne la réception de déclarations autres que celles de l'inculpé, puis celles de l'inculpé. Il est permis de penser que la loi a voulu viser les personnes qui ont été témoins des faits et la victime. Dès lors, chaque fois que l'expert a besoin d'obtenir une précision extérieure à sa spécialité, il doit être fait appel à l'article 162 pour obtenir la désignation de la personne compétente qui prêtera le serment. Par contre, l'obtention d'une précision sur les faits, ou la manière dont l'objet a été trouvé relèvera du simple renseignement.

En d'autres termes, si le renseignement porte sur le fond même de l'expertise, l'article 162 doit être utilisé; en tout autre domaine, il s'agit d'un simple renseignement non soumis aux formes de l'expertise. C'est d'ailleurs, de cette manière, que la Cour de cassation vient de statuer, par un arrêt du 31 octobre 1961 (173). En l'espèce, un médecin commis, s'était adjoint un neuro-psychiatre pour l'examen de troubles nerveux. Cette dernière personne avait délivré un certificat qui avait été joint au rapport d'expertise, mais aucune pièce ne constatait qu'elle avait prêté serment. Dans ces conditions, la Cour de cassation a été amenée à casser l'arrêt de la cour d'appel. Il s'agissait, en effet, non pas d'un renseignement, mais d'un problème touchant au fond même de la mission confiée à l'expert. En sorte que le serment destiné à garantir l'objectivité de l'avis aurait dû être prêté (174).

840. — Une garantie supplémentaire est apportée par l'article 163 C.P.P., en ce qui concerne les objets remis à l'expert. Sous l'ancienne

(173) *Crim.*, 31-10-1961, B. 431 ; *J.C.P.* 1961.II.12388, note Doll ; D. 1962.221, note Le Roy. Voir aussi *Amiens*, 8-2-1962, D. 1962.379 qui considère que l'expert ne peut incorporer dans son rapport le résultat des examens effectués par les spécialistes désignés par le tribunal. Voir aussi DOLL, *ch. D.* 1963, p. 233. « L'audition de la partie civile, de l'inculpé et des sachants par les experts ».

(174) Voir aussi pour l'application de l'article 164 aux inculpés : *Crim.*, 10 octobre 1963, *J.C.P.* 1964.II.13464, note Chambon ; *Paris*, 30 avril 1963, D. 1964, *som.* p. 26.

procédure, le magistrat disposant d'objets sous scellés les remettait à l'expert pour qu'il puisse exercer sa mission. La jurisprudence avait affirmé que les règles du Code de procédure civile relatives à la représentation des objets aux parties ne pouvaient s'appliquer en matière criminelle. Or, des difficultés peuvent surgir sur l'origine ou la possession de certains documents. Il ne servirait de rien d'établir une solide expertise si la provenance des pièces pouvait être discutée. Dans ce dessein, le C.P.P. a fait l'application à l'expertise de la procédure d'ouverture des scellés réglementée à l'article 97 al. 3.

L'article 163 prescrit au juge de représenter à l'inculpé, assisté éventuellement de son conseil s'il en a choisi un, les documents qui se trouveraient encore sous scellés au moment de l'expertise. Un procès-verbal sera dressé constatant la remise des différents objets. La circulaire prise pour l'application du Code précise, en son article C. 336, que les auteurs du texte ont voulu, par là même, éviter ensuite des controverses inutiles et que « la jurisprudence dira si ces dispositions sont assorties ou non d'une nullité ».

L'occasion s'est présentée à la chambre criminelle de statuer sur ce point précis le 24 novembre 1960 (175). Un expert avait été commis à la suite d'une procédure de flagrant délit. Mais des documents lui avaient été fournis en cours d'information sans que soit respecté l'article 163. La chambre d'accusation rejeta la demande au motif que l'expert n'avait pas été commis en cours d'instruction. Le pourvoi ne pouvait être recevable qu'avec l'arrêt définitif car il s'agissait d'une procédure militaire. Comme l'explique la note M.R.M.P., admettre la nullité de l'expertise effectuée au début de l'information devait entraîner l'annulation de l'arrêt de renvoi et celle de la décision du tribunal militaire. Or, malgré la violation de l'article 163, aucune conséquence ne pouvait être tirée puisqu'en fait l'expertise avait donné des résultats négatifs. Aussi, la Cour de cassation, se fondant sur les intentions des auteurs de la loi, a considéré que cette formalité n'était pas substantielle en elle-même et qu'elle n'entraînerait la nullité que si, en fait, elle avait abouti à une violation des droits de la défense.

L'expertise se trouve formellement entourée d'un plus grand nombre de garanties. L'audition de l'inculpé sera considérée désormais comme un interrogatoire et sera menée par le juge dans les formes de cet acte. L'inculpé pourra renoncer à ce formalisme en fournissant une renonciation écrite. Toutefois, les médecins-experts pourront accomplir leur mission sans respecter cette disposition (art. 164 al. 4 C.P.P.) (176).

841. — A l'achèvement de l'expertise, un rapport sera rédigé qui relatara les diverses opérations effectuées et fournira les conclusions

(175) Crim., 24-11-1960, B. 549 ; D. 1961.167, note M.R.M.P.

(176) Voir Crim., 10 octobre 1963, J.C.P. 1964.II.13464, note Chambon, Paris, 30 avril 1963, D. 1964, som. p. 26.

de l'expert. Cet acte devra être signé et contiendra l'attestation que l'expert a personnellement accompli les opérations confiées (177). Il semble, toutefois, que l'omission de cette mention ne puisse suffire à amoindrir la portée des conclusions de l'expert. Il est à présumer que la Cour de cassation la réputera mentionnée dès l'instant que le rapport portera la signature de l'expert.

L'expert commis pourra, à nouveau, être sollicité pour une autre expertise dans la même affaire. L'article 167 en prévoyant les suppléments et les contre-expertises donne à penser qu'une nouvelle désignation est possible. La Cour de cassation a même décidé qu'aucun texte ne s'opposait à ce qu'un fonctionnaire ayant précédemment effectué une enquête administrative soit désigné comme expert par le juge d'instruction au cours de l'enquête judiciaire qui a suivi (178). La garantie essentielle et indispensable consiste dans la prestation du serment.

En plus des garanties objectives, formelles, énumérées, la nouvelle expertise pénale doit donner plus de satisfactions, car l'expert n'est plus livré à lui-même. Le juge d'instruction doit surveiller le travail de l'expert et au besoin intervenir en étendant la mission de l'expert ou en en désignant de nouveaux. L'article 161 al. 3 C.P.P. dispose que l'expert doit remplir sa mission en liaison avec le juge d'instruction, en lui indiquant le cours de ses travaux (179).

Par ailleurs, les parties peuvent solliciter du juge de prescrire certaines recherches à l'expert, ou d'entendre certaines personnes susceptibles de leur fournir des renseignements d'ordre technique (art. 165). Bien que le texte mentionne les parties, il est possible d'admettre que le magistrat puisse lui-même ordonner des orientations aux experts. L'omnipotence de l'homme de l'art fait place à une direction du magistrat, permettant d'assurer un accroissement de garantie quant au déroulement de l'acte. Une considération identique peut être faite à propos des perquisitions et saisies.

E. — LES PERQUISITIONS ET LES SAISIES (180).

842. — Les perquisitions étant effectuées évidemment en des lieux où sont présumés exister des objets susceptibles d'intéresser la manifestation de la vérité, il est nécessaire au magistrat de se transporter sur les lieux. L'article 62 C.I.C. prescrivait au cas de transport sur les lieux que le juge d'instruction soit toujours accompagné du procu-

(177) C'est probablement la raison pour laquelle la cour d'Amiens a déclaré irrégulier un rapport d'expertise, qui renfermait le résultat des opérations effectuées par des spécialistes agissant en vertu de l'article 162 C.P.P. (Amiens, 8-2-1962, D. 1962.379).

(178) Crim., 30-5-1960, B. 299.

(179) « Le magistrat est pour ainsi dire devenu le *dominus litis*. » (DOLL, note J.C.P. 1961.II.12388.)

(180) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 477 à 484 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1284.

reur de la République et du greffier. La jurisprudence avait été amenée à préciser que l'absence du ministre public ne pouvait vicier l'acte (181). Par contre, l'assistance du greffier est nécessaire, comme d'ailleurs pour tous les actes d'instruction (182). Le Code de procédure pénale tient compte de cette interprétation jurisprudentielle, en édictant que le juge doit donner avis de ses transports au procureur de la République, qui a la faculté de l'accompagner (art. 92 C.P.P.).

Cet acte de transport sur les lieux, dont un procès-verbal est dressé, ne comporte aucun formalisme particulier. Le magistrat, de cette manière, acquiert tous renseignements utiles pour mener son information (183). Mais s'il désire procéder à des perquisitions, il lui sera nécessaire d'observer les règles prescrites car, à ce moment, il va à l'encontre des libertés individuelles.

843. — Bien que le C.I.C. soit issu d'une époque marquée par l'idée de liberté, il importe de constater que les dispositions relatives aux perquisitions, sont assez peu fournies. Trois articles les concernent au cours de l'instruction. L'article 87 pose le principe que le juge peut se transporter au domicile de l'inculpé pour y faire la perquisition des papiers, effets, ainsi que tous objets utiles à la manifestation de la vérité. L'article 88 étend les perquisitions aux lieux où il serait présumé la présence de documents, enfin l'article 89 renvoie aux formalités prescrites pour les perquisitions effectuées dans le cadre du flagrant délit. Ces formalités consistent à dresser procès-verbal des opérations et à présenter les objets à l'inculpé qui devra s'expliquer sur les choses saisies. Les différents objets saisis seront clos et cachetés s'il est possible, sinon ils seront placés dans un vase ou dans un sac sur lequel une bande de papier sera attachée et scellée.

Si l'inculpé est arrêté, ces opérations auront lieu en sa présence à moins qu'il ne se soit fait remplacer par un fondé de pouvoir. Les objets lui seront présentés en vue de leur reconnaissance et il devra apposer son paraphe sur les différents scellés. Le tout sera rapporté au procès-verbal. Les différentes formalités que la loi a prévues ont essentiellement pour but de garantir la provenance des objets. Il serait, sans cela, facile à l'inculpé de nier l'origine des choses découvertes à son domicile.

Cependant, la Cour de cassation n'a pas hésité à considérer que ces formalités n'étaient pas prescrites à peine de nullité. Par un arrêt du 17 septembre 1840 (184), il est affirmé qu'une perquisition effectuée hors la présence de l'inculpé, suivie de saisie d'objets présentés comme pièces de conviction, ne peut entraîner aucune cassation car les

(181) Voir ainsi Crim., 17-1-1956, B. 64 ; Crim., 18-2-1958, B. 161. La doctrine était aussi fixée en ce sens : F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1619, 1620, 1789 ; GARRAUD, Tome I, n° 303

(182) Cf. *supra*, n° 785 et Crim., 12-3-1909, B. 160 et Crim., 3-2-1922, B. 54.

(183) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, 465 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1190.

(184) Crim., 17-9-1840, B. 273 ; S. 1841.I.608.

formalités des articles 35, 39 et 89 C.I.C. ne sont pas prescrites à peine de nullité. Au surplus, le silence de l'inculpé lors des débats couvrirait les vices s'il en existait : la pièce ayant été librement débattue, aucun grief ne pouvait être excipé ultérieurement.

Cette motivation est reprise dans de nombreux arrêts, qu'il s'agisse de l'absence de l'inculpé lors des opérations, du défaut de représentation des pièces, d'irrégularités faites lors de la mise sous scellés ou des manquements dans le procès-verbal (185).

844. — Le juge ne saurait, toutefois, perquisitionner en tous lieux. Il ne peut saisir des documents dans le cabinet d'un avocat, si ces documents lui ont été remis par son client. Bien qu'aucune disposition légale n'édicte cette règle, elle a été dégagée par la jurisprudence. Deux conceptions pouvaient se trouver en présence : d'une part, on pouvait estimer que le droit de saisie du magistrat n'est nullement limité et qu'il lui est possible d'étendre ses investigations en tous lieux où des éléments utiles à la manifestation de la vérité se trouvent; d'autre part, l'avocat est le défenseur de l'inculpé et il ne peut être porté atteinte aux droits de la défense.

Faustin Hélie estimait que le droit du juge trouvait ici une limite dans le droit de la défense. Les différents documents qui ont été remis au conseil sont, en quelque sorte, le prolongement des confidences; ils constituent les éléments de sa défense et ne peuvent être saisis (186). C'est dans ce sens libéral que trancha la Cour de cassation. Par son arrêt du 12 mars 1886 (187), elle affirme que la lettre adressée par l'inculpé à son conseil avait « le caractère confidentiel d'une communication faite par un accusé à son défenseur » et que la saisie d'une telle pièce constituait une violation des droits de la défense.

Ainsi, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, peu de garanties étaient apportées au régime des perquisitions et des saisies. La seule règle de forme qu'il fallait exiger, consistait dans la mention de l'heure au procès-verbal de perquisition. Il était admis comme un principe constitutionnel que devait être respectée la règle de l'article 76 de la constitution de frimaire An VIII selon laquelle le domicile de tout citoyen est inviolable la nuit. Faustin Hélie suggérait, alors, pour éviter l'inutilité d'une perquisition opérée le lendemain, la garde du lieu de l'opération. En définitive, les libertés indi-

(185) Un arrêt du 29-1-1847 (S. 1849.I.661) a déclaré qu'il n'y avait pas de nullité lorsque les pièces à conviction n'ont été ni scellées, ni cachetées. Pour des pièces saisies en l'absence de l'inculpé : Crim., 29-6-1865, S. 1866.I.38. Voir aussi : Crim., 16-6-1854, D. 1854.5440 ; Crim., 24-2-1883, B. 57 ; Crim., 6-5-1898, B. 180 ; S. 1899.I.256 ; Crim., 30-6-1899, B. 183 ; Crim., 30-7-1897, B. 271 ; Crim., 23-11-1901, B. 292 ; Crim., 8-1-1910, B. 9 (défaut de signature) ; Crim., 10-8-1911, B. 415 ; Crim., 20-3-1913, B. 148 ; Crim., 27-12-1928, B. 316.

(186) F. HÉLIE, *op. cit.*, Tome IV, n° 1818.

(187) Crim., 12-3-1886, B. 106 ; D.P. 1886.I.345 et le rapport du conseiller DUPRÉ-LASALE, S. 1887.I.89, note Villey. Voir aussi Crim., 9-9-1897, B. 309 ; D.P. 1898.I.146 ; Crim., 31-12-1897, B. 411 ; Crim., 15-2-1906, B. 76 ; D.P. 1906.I.160 ; S. 1909.I.225, note Roux. Depuis, Crim., 6-3-1958, B. 230, D. 1958.696.

viduelles étaient assez peu respectées. Aucune forme ne pouvait venir limiter le droit de perquisition et celui de saisie, en sorte que de nombreux abus se déclarèrent (188).

845. — Les lois de la période 1933-1935 essayèrent d'apporter des garanties. La loi du 7 février 1933 modifia de manière considérable le formalisme des opérations. Si la perquisition a lieu au domicile de l'inculpé, elle doit se dérouler en sa présence ou en celle d'un fondé de pouvoir désigné. A défaut, deux témoins instrumentaires seront choisis. Ce formalisme est applicable que l'inculpé soit détenu ou libre. Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire d'adresser un avis : si l'inculpé est absent, il sera procédé avec l'aide des témoins. Si la perquisition est effectuée au domicile d'un tiers, celui-ci devra être présent, ou à défaut deux membres de sa famille ou deux témoins (art. 87 C.I.C.).

De plus, seul le magistrat ou les officiers de police judiciaire ont le droit de prendre connaissance des papiers et documents avant d'en prononcer la saisie (art. 37 al. 2 et art. 89 C.I.C.). Pour garantir cette nouvelle obligation, une sanction peut être prononcée à l'encontre de l'auteur d'une communication sans autorisation de l'inculpé, de ses ayants droit, du signataire ou du destinataire d'un document. La même pénalité était applicable à ceux qui auraient fait usage de cette communication (amende et emprisonnement de 2 mois à 2 ans, art. 38 al. 2 et art. 88 dernier al. C.I.C.).

Outre les règles relatives aux signatures des procès-verbaux et aux paraphes sur les scellés, deux nouvelles formes étaient prescrites. D'une part, l'art. 87 al. 1 précise que la perquisition et la visite domiciliaire sont des actes d'instruction qui peuvent intervenir seulement après l'ouverture d'une information, à moins qu'il ne s'agisse d'une infraction flagrante, car la flagrance faisait ouvrir — *ipso facto* — l'information. Par là même, la date de l'acte est un élément indispensable à la validité de la procédure.

D'autre part, devant la carence des tribunaux à admettre les formes comme garanties substantielles, l'article 39 édicte que les diverses formalités des articles 37 à 39 sont prescrites à peine de nullité. Bien qu'aucune disposition analogue ne figurât à l'article 89, il fut considéré que cette sanction devait s'appliquer également pour les perquisitions effectuées par le juge d'instruction puisque les dispositions en sont identiques. Après la saisie, l'ouverture des scellés doit intervenir en présence de l'inculpé et de son conseil dûment appelé par lettre recommandée. Les documents seront alors dépouillés.

846. — A ces diverses dispositions, la loi du 25 mars 1935 n'a apporté que des retouches de détail (189). La seule mention qu'il con-

(188) Relevons que la Cour de cassation a décidé qu'une perquisition ne nécessitait pas les formalités prévues pour les interrogatoires : Crim., 30 mai 1933, Bull. Crim., 1933, n° 125. De même Crim., 5 juillet 1962, Bull. Crim., 1962, n° 242, p. 501.

(189) Ainsi en est-il pour la question de la saisie des objets confiés aux

vient de signaler concerne la procédure d'ouverture des scellés. L'article 89 al. 2 dispose que cette opération ainsi que le dépouillement aura lieu en présence de l'inculpé ou de son conseil. Le magistrat n'est plus tenu de suivre les formalités de l'interrogatoire : il suffira que l'une des deux personnes soit présente pour garantir que les objets proviennent bien de la saisie pratiquée antérieurement.

La jurisprudence a, dès lors, veillé à l'application scrupuleuse des règles nouvelles qui venaient d'être édictées en vue de garantir la sincérité des opérations. Tout d'abord, devant la généralité des textes des articles 88 et 89 C.I.C., la Cour de cassation a estimé que le juge d'instruction saisi régulièrement d'une infraction déterminée pouvait procéder à des perquisitions en toute matière tant criminelle que correctionnelle du moment qu'il respectait les règles légales (190). Toutes sortes de saisies sont autorisées, même le blocage d'un compte en banque (191). Comme elle l'avait admis, auparavant, la Cour de cassation considère que le juge d'instruction ne pourrait pas saisir des lettres missives adressées par l'inculpé à son avocat. C'est un principe d'ordre public qui pourrait être invoqué même en cour d'assises. Un arrêt du 6 mars 1958 (192) rappelle cette limitation. Cela n'interdit pas, cependant, les perquisitions au domicile d'un avocat. Mais il convient d'agir prudemment afin de respecter à la fois le secret professionnel et les droits de la défense. Aussi la perquisition est-elle menée avec l'assistance du bâtonnier (192 bis).

847. — La loi ne prévoyant le formalisme que pour les perquisitions effectuées au domicile de l'inculpé ou d'un tiers, aucune forme particulière ne doit être suivie en d'autres domaines.

La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer dans un arrêt du 19 septembre 1933 (193). Des officiers de police judiciaire avaient arrêté un véhicule automobile pour vérifier les papiers de son conducteur. Soupçonnant quelque infraction, ils visitèrent la voiture et y découvrirent des objets volés. La cour d'appel avait penser valider une telle opération irrégulière, en admettant qu'elle avait été effectuée en flagrant délit. Mais la Cour de cassation rejeta cette motivation sans d'ailleurs annuler la procédure. Elle estima, en effet, que les articles 37 et ss. du C.I.C., comme les articles 87 et ss., soumettaient aux formalités prescrites uniquement les perquisitions et saisies pratiquées au domicile des prévenus. Aussi la visite de la voiture du prévenu circulant sur la voie publique ne se trouve pas protégée par ces dispositions. Cette interprétation a été renouvelée depuis, notamment le 18 février 1958 (194). Dans cette affaire, le juge avait saisi une arme

Postes. De même pour la perquisition effectuée au domicile de l'inculpé au cours d'une enquête de flagrant délit (art. 39, C.I.C.).

(190) Crim., 21-2-1956, B. 179.

(191) Crim., 13-6-1956, B. 465 ; Crim., 27-10-1959, B. 450.

(192) Crim., 6-3-1958, B. 230.

(192 bis) Voir à cet égard, l'instruction et le sort des documents confidentiels,

Rec. Dr. Pénal, 1951, p. 145.

(193) Crim., 19-9-1933, B. 191 ; D.P. 1937.I.40, note G.L.

(194) Crim., 5-8-1952, B. 224 et Crim., 18-2-1958, B. 161.

qui lui avait été apportée par un officier de police judiciaire lequel la tenait des témoins du crime. Dans ces conditions, il était impossible d'observer les règles formelles du Code.

Enfin, le simple transport sur les lieux, quand il ne se transforme pas en perquisition, n'exige pas la présence de l'inculpé, les modifications survenues en 1933-1935 n'ayant, à cet égard, rien changé. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 30 octobre 1941 (195).

848. — On pourrait déduire de ces dernières solutions, que la Cour de cassation a une conception très restrictive de la notion de perquisition. Cependant, elle devait admettre pendant la même période que la fouille corporelle devait être assimilée à une perquisition. Le problème s'est toujours posé de savoir si la fouille devait permettre la manifestation d'une infraction flagrante (196). Mais la Cour de cassation a tranché le problème en considérant que la fouille-à-corps constituait une perquisition. C'est le célèbre arrêt Isnard du 22 janvier 1953 qui fournit cette solution (197). Puisque la fouille corporelle est une perquisition et comme telle un acte d'instruction, elle ne peut intervenir qu'une fois l'instruction ouverte, ou, antérieurement au Code de procédure pénale, en cas d'infraction flagrante, puisque l'état de flagrance faisait ouvrir *ipso facto* l'information. Cette assimilation devait être maintenue, ainsi que l'atteste un arrêt de la chambre criminelle du 18 décembre 1958 (198) et un arrêt de la cour d'appel d'Aix du 3 mai 1961 (199).

849. — Lorsque la perquisition a lieu au domicile de l'inculpé des difficultés se sont présentées relativement à sa présence. Il a été prétendu parfois que des perquisitions devaient être irrégulières parce que, intervenues avant l'inculpation, elles avaient été menées sans leur consentement exprès. La Cour de cassation a rejeté cette prétention. Par un arrêt du 2 juillet 1942 (200), il est affirmé que la perquisition faite chez un tiers non inculpé, par un officier de police judiciaire ayant mandat régulier d'y procéder, est régulière lorsque ce tiers a été appelé à y assister et que la perquisition a été faite en sa présence. Il n'est pas nécessaire d'obtenir son consentement dès que ces différentes formalités ont été observées. Une motivation analogue figure dans un arrêt du 5 mai 1953 (201).

(195) Crim., 30-10-1941, B. 45.

(196) Voir « La Fouille corporelle », par M. PÉDAMON, Rev. Sc. Crim., 1961, p. 467 et *supra*, n° 332.

(197) Crim., 22-1-1953, D. 1953.533, note Lapp ; S. 1954.I.89, J.C.P. 1953.II.7456, note Brouhot.

(198) Crim., 18-12-1958, B. 670.

(196) Aix, 3-5-1961, Rec. Dt Pénal, 1961, p. 179. Mais une simple palpation est plutôt une mesure de sécurité qu'une mesure d'instruction : Paris, 12-1-1954, Rec. Dt pénal, 1954, p. 71.

(200) Crim., 2-7-1942, B. 83.

(201) Crim., 5-5-1953, B. 157.

En revanche, la nullité de l'acte serait reconnue si les officiers de police judiciaire procédaient sans mandat de justice et en l'absence de flagrant délit. Tel était le cas le 11 juin 1949 (202). La perquisition était manifestement irrégulière, puisque, étant un acte d'instruction, elle avait eu lieu en dehors de toute instruction.

850. — Mais, si l'information était ouverte, il serait possible de se demander si la violation des formes pourrait entraîner la nullité. A cet égard, il importe de noter que les lois de 1933-1935 étaient muettes sur ce point. La Cour de cassation a été amenée à décider qu'en l'absence de nullité textuelle, il fallait considérer qu'il pouvait y avoir une atteinte aux droits de la défense. Ce faisant, était adoptée une position différente de celle consacrée avant la réforme de 1933-1935.

Le 16 janvier 1958 (203), la chambre criminelle déclarait que l'inobservation des formalités des articles 87, 88 et 89 dans les perquisitions menées en cours d'instruction pouvait constituer une violation des droits de la défense. En l'espèce, la perquisition avait eu lieu chez le successeur d'un officier ministériel contre lequel une plainte avait été déposée. Au lieu de suivre les règles légales, le magistrat avait transporté des dossiers sans dresser d'inventaire, et sans avoir clos ou cacheté les dossiers, en sorte que les garanties de régularité étaient diminuées.

Il n'en serait pas de même si le juge d'instruction se faisait aider par un tiers pour trier les documents. Bien que l'article 89 al. 1 C.I.C. dispose que seul le juge a le droit de prendre connaissance des documents, la chambre criminelle a reconnu que l'assistance d'une tierce personne était admise, par un arrêt du 25 novembre 1932 (204). En l'espèce, d'ailleurs, le juge d'instruction avait chargé par commission rogatoire un commissaire de police de saisir différents documents. Comme il s'agissait de pièces comptables le juge d'instruction avait désigné le tiers, un expert, qui devait assister l'officier de police judiciaire. Cette opération fut déclarée régulière du moment que le tiers agissait sous la direction et le contrôle de l'officier de police judiciaire qui, du reste, constatait lui-même dans son procès-verbal les circonstances de fait et les résultats de l'opération. Une telle manière de procéder ne pourrait faire de difficultés maintenant, puisque l'article 161 C.P.P. dispose dans son dernier alinéa « le juge d'instruction, au cours de ses opérations, peut toujours, s'il l'estime utile, se faire assister des experts ».

851. — D'une manière générale, le Code de procédure pénale reprend les différentes formalités prévues pour les perquisitions. L'article 94 édicte que les perquisitions sont effectuées en tous lieux où peuvent se trouver des objets utiles à la manifestation de la vérité. Comme auparavant, il est distingué selon que l'acte est accompli au domicile de l'inculpé ou à celui d'un tiers. Dans les deux hypothèses, la

(202) Crim., 11-6-1949, B. 210.

(203) Crim., 16-1-1958, B. 68.

(204) Crim., 25-11-1932, B. 244 ; D.P. 1934.I.24.

présence du maître de maison est requise (art. 57 al. 2 et art. 96 al. 1 C.P.P.).

L'inculpé pourrait aussi charger un représentant de cette mission, et à défaut, l'opération sera menée en présence de deux témoins. Quant au tiers, son absence pourra être suppléée par deux parents ou alliés présents sur les lieux, ou deux témoins requis à cet effet (art. 96 al. 1 C.P.P.).

Les perquisitions doivent être effectuées durant le jour : l'article 96 C.P.P. renvoie à l'application de l'article 59 interdisant les visites domiciliaires entre 21 heures et 6 heures. Toutefois, des dérogations sont prévues, notamment en cas de réclamation faite de l'intérieur. De plus, une ordonnance du 25 novembre 1960 a introduit un alinéa 2 nouveau à l'article 59 permettant la perquisition et les saisies de nuit pour la constatation de certaines infractions et en certains lieux seulement (205).

852. — Le formalisme des saisies apparaît dans la lignée de celui instauré par le C.I.C. Seul le magistrat a le droit de prendre connaissance des documents avant de procéder à leur saisie. Toute communication ou divulgation de documents sans l'autorisation de l'inculpé ou de ses ayants droit, ou des personnes qui possèdent des droits sur ces documents, est sanctionnée d'une amende de 1800 F à 18000 F et d'un emprisonnement de deux mois à deux ans. En dehors de l'autorisation fournie par l'une des personnes énumérées à l'article 98, l'ordonnance du 4 juin 1960 a introduit un nouveau cas de justification : les nécessités de l'information. En pareil cas, cette appréciation est laissée à l'entière souveraineté du juge d'instruction. Toutefois, le magistrat ne doit pas ignorer les différentes mesures destinées à assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense. En d'autres termes, le juge doit agir avec prudence lorsqu'il effectue une perquisition dans le cabinet d'un avocat.

Tous les objets et documents saisis seront immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Il serait possible à un juge d'instruction d'établir des scellés provisoires comme en matière de flagrant délit (art. 56 al. 4 C.P.P.). Les différentes personnes qui auront assisté à l'acte devront apposer leur signature sur tous les documents. Enfin, l'article 59 prévoit que les différentes formes sont assorties de la nullité, en cas de violation.

Le C.P.P. reprend la procédure d'ouverture des scellés, à l'article 97 al. 3, en prévoyant l'assistance de l'inculpé et de son conseil comme

(205) « Toutefois des visites, perquisitions et saisies pourront être opérées à toute heure du jour et de la nuit en vue d'y constater toutes infractions aux articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal, à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pensions, débits de boissons, club, cercle, dancing, lieux de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public, lorsqu'il sera constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement » (ord. n° 60-1245 du 25 novembre 1960, art. 12). Voir aussi en matière de sûreté de l'Etat, article 19 de la loi 63-23 du 15 janvier 1963.

pour un interrogatoire, ou l'assistance du tiers chez lequel la saisie a été opérée (206). Dans quelques rares cas, la loi nouvelle apporte quelques précisions, d'ordre réglementaire : ainsi en est-il pour la possibilité donnée au juge d'instruction de laisser faire établir une copie des documents saisis, à moins que les nécessités de l'instruction ne s'y opposent (art. 97 al. 4 C.P.P.).

853. — En présence d'une similitude des textes du C.P.P. et de ceux du C.I.C. issus de la loi de 1935, il est permis de penser que les solutions précédemment dégagées par la jurisprudence demeureront. Ainsi en serait-il notamment de la notion de domicile, auquel est assimilée la fouille corporelle (207).

D'ores et déjà, la Cour de cassation a eu à statuer à propos d'une perquisition effectuée dans le cabinet d'un avocat. Un juge d'instruction avait procédé à cet acte en présence du bâtonnier. Il était invoqué que ce dernier aurait dû seul prendre connaissance des documents avant qu'ils ne soient saisis. La chambre criminelle rejeta cette prétention en indiquant que le C.P.P. attribue la direction des opérations de perquisition au juge d'instruction qui seul a le droit de prendre connaissance des papiers et documents avant de procéder à leur saisie. C'est à l'honneur et à la probité professionnelle du juge qu'est confiée la mission de saisir en tous lieux les documents utiles à la manifestation de la vérité. Si l'opération se déroule dans le cabinet d'un avocat, la présence du bâtonnier est seulement destinée à assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense et non pas à mener la perquisition (208).

Cette décision apparaît fort sage : le magistrat connaît les limites de ses pouvoirs, découlant de son office et il sait quels objets peuvent éventuellement servir à la manifestation de la vérité. De plus, même à l'intérieur du cabinet d'un avocat, seules peuvent échapper à la saisie les confidences de l'inculpé, mais assurément pas les objets ayant servi à commettre le délit ou qui en sont le produit.

Les autres solutions admises antérieurement demeureront, sous réserve que désormais les formalités en matière de perquisition et de saisies sont assorties d'une nullité textuelle et non d'une nullité virtuelle.

854. — Il est peut-être à regretter que le C.P.P. ne mentionne plus que les perquisitions et visites domiciliaires sont des actes d'instruction. En réalité, les lois du 7 février 1933 et du 25 mars 1935 avaient tenu à affirmer ce caractère en raison des pratiques qui avaient eu cours. Il avait été admis que des perquisitions permettaient de déceler

(206) Mais il n'est pas nécessaire d'observer les règles des interrogatoires pour les perquisitions : *Crim.*, 5 juillet 1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 242, p. 501.

(207) L'interdiction des visites domiciliaires repose sur le fait que le domicile est le prolongement de la personne. Il est donc normal que tout ce qui tient à la personne soit respecté de la même manière.

(208) *Crim.*, 24-3-1960, B. 169 ; *J.C.P.* 1960.II.11672, note Mimin, D. 1960.531, note Crémieu.

la flagrance d'une infraction, alors qu'elles ne sont admises qu'une fois ce caractère constaté. Actuellement, d'ailleurs, les articles 96 et 97 C.P.P. ne pourraient plus mentionner que les perquisitions sont des actes d'instruction. En effet, la plupart des dispositions relatives aux perquisitions sont communes à la procédure de flagrant délit et à l'information judiciaire. Déclarer les perquisitions « actes d'instruction » aurait amené à reconnaître la possibilité d'effectuer des actes d'instruction avant et en dehors de toute instruction puisque l'état de flagrance a cessé d'être une cause d'ouverture automatique de l'information.

Etant des actes d'information, rien n'empêcherait de les ordonner ultérieurement notamment au cours d'un supplément d'information. Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1957 (209) avait rejeté cette interprétation. Il avait été considéré que les visites domiciliaires, perquisitions et saisies étaient des mesures d'instruction. Puisque aucune disposition n'autorisait les juridictions de jugement à y procéder, la chambre criminelle déclarait qu'une cour d'appel chargeant un de ses membres d'un supplément d'information avait pu valablement refuser de donner mission à ce magistrat d'effectuer des perquisitions et des saisies (210).

Il semble logique d'admettre que cet arrêt n'aura pas de suite : le C.P.P. ne précise plus que la perquisition est un acte d'instruction et surtout le supplément d'information est réglementé par référence aux textes relatifs à l'instruction préparatoire.

855. — Les seules conditions exigées pour la validité de l'acte ont trait au formalisme destiné à garantir les citoyens, en même temps qu'à assurer la provenance des objets saisis. C'est parce que la garantie des citoyens n'était pas assurée que la Cour de cassation a été amenée à déclarer illégales les perquisitions effectuées en vertu de commissions rogatoires générales.

En présence des textes restrictifs autorisant les perquisitions, les parquets soucieux de préserver une apparence de légalité ont fait ouvrir des informations de manière vague et imprécise. Les éléments ne permettant pas au juge d'instruction d'apprécier la réalité des faits dénoncés, des commissions rogatoires étaient délivrées afin de réunir des éléments de preuve sur un fait déterminé et surtout d'attribuer des procédés de contrainte aux officiers de police judiciaire dès le stade des recherches.

(209) Crim., 20-2-1957, B. 171.

(210) Cette solution est étonnante, car elle lie le droit de perquisition au stade de l'instruction préparatoire. En d'autres termes, la mention que la perquisition est un acte d'instruction a amené la Cour de cassation à considérer que seul le juge d'instruction pouvait l'accomplir. Cette liaison de l'acte d'instruction à la personne même du juge est d'autant plus surprenante qu'à la même époque les actes de la police judiciaire étaient qualifiés d'actes d'instruction et que la pratique des suppléments d'information connaissait le plus grand libéralisme en l'absence de tout texte.

Ces commissions rogatoires ont été déclarées illégales par la Cour de cassation. Un arrêt du 9 juin 1943 (211) l'a admis à propos de l'utilisation par le préfet des pouvoirs de l'ancien article 10 C.I.C., et l'arrêt Isnard du 22 janvier 1953 (212) a repris une semblable motivation en matière de procédure pénale de droit commun. Dans cette dernière affaire, l'incertitude des termes du réquisitoire ne permettait pas au juge d'être valablement saisi et lui-même n'aurait pu instruire, aussi ne pouvait-il déléguer ses attributions. Les commissions rogatoires, en effet, doivent répondre à un certain formalisme.

F. — LES COMMISSIONS ROGATOIRES.

856. — Initialement destinées à tenir compte des ressorts territoriaux de compétence, les commissions rogatoires figuraient à titre exceptionnel au C.I.C. Mais la pratique utilisa fréquemment ces délégations : non seulement d'autres juges furent commis, mais également tous officier de police judiciaire (213). Aucune restriction n'était admise quant aux actes susceptibles d'être exécutés puisque l'interrogatoire pouvait être délégué (214).

Cependant, en permettant la délégation, le Code n'entendait pas diminuer les garanties d'objectivité des actes accomplis sur commission rogatoire. Toutefois, l'acte de délégation n'était soumis à aucune forme. Il n'était pas nécessaire d'indiquer l'objet de l'instruction, ni même de mentionner le nom de l'inculpé : en d'autres termes, l'acte de délégation ne devait pas préciser la saisine régulière du juge. Par ailleurs, la délégation n'était pas faite *intuitu personae*. Il a été décidé par la chambre criminelle qu'une commission rogatoire adressée sans dénomination de personne, au juge d'instruction d'un siège où plusieurs juges d'instruction étaient attachés, n'était pas irrégulière. Il suffit, pour la validité de l'acte que la qualité judiciaire du délégué soit précisée (215). Cette motivation figure à nouveau dans un arrêt du 31 mai 1924 (216). De l'article 84 C.I.C. devait être tirée la possibilité de subdéléguer un tiers. Aussi fut-il admis qu'aucun grief ne saurait résulter de ce que la personne chargée de la délégation n'a point été expressément celle désignée par le juge d'instruction (217).

857. — L'absence de formes dans l'acte de délégation aboutissait à supprimer les garanties offertes à l'inculpé. De surcroît se trouvait

(211) Crim., 9-6-1943, B. 50 ; J.C.P. 1943.II.2422.

(212) Crim., 22-1-1953, D. 1953.533, note Lapp ; S. 1954.I.89, note Brunet ; J.C.P. 1953.II.7456, note Brouchet.

(213) Ainsi Crim., 19-1-1866, S. 1866.I.87 ; Crim., 21-11-1879 ; S. 1880.I.118 ; Crim., 13-6-1872 ; S. 1872.I.445 ; Crim., 12-11-1896, B. 325.

(214) Crim., 22-12-1910, B. 660 ; S. 1913.I.169, note Roux (cf. Crim., 16-7-1868, B. 168).

(215) Crim., 25-1-1849, B. 20 ; S. 1849.I.203 ; D.P. 1849.I.31.

(216) Crim., 31-5-1924, S. 1924.I.190.

(217) Voir encore Crim., 5-1-1962, J.C.P. 1962.IV.22 ; Crim., 27 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13543.

éliminée la garantie essentielle donnée par la loi aux justiciables, à savoir que l'information judiciaire doit être conduite par un magistrat. Ni l'indication de la personne déléguée, ni la précision de l'objet de la délégation n'étaient nécessaires. En présence de nombreux abus auxquels donnèrent lieu les commissions rogatoires, car elles constituaient des démissions de l'office du juge, la loi du 7 février 1933 apporta un correctif sévère. Le nouvel article 90 interdisait toute délégation pour l'interrogatoire de l'inculpé, ce qui sous-entendait que la commission rogatoire devait comporter la mention de la personne contre laquelle il était informé. Par ailleurs, aucune délégation ne pouvait plus être attribuée aux officiers de police judiciaire : ceux-ci ne pourront recevoir que des ordres de saisie ou des missions se rapportant exclusivement à leurs attributions.

Désormais, un formalisme aurait dû être nécessaire pour faire respecter ces dispositions de fond. Mais la Cour de cassation n'en a pas décidé ainsi. Par un arrêt du 12 juillet 1934 (218), elle déclarait que les dispositions de l'article 90 al. 3 n'étaient pas prescrites à peine de nullité. Dès lors, étaient validées toutes les subdélégations confiées à des officiers de police judiciaire et la commission rogatoire par son absence de formes ne pouvait apporter aucune garantie aux citoyens.

La loi du 25 mars 1935 ne devait amener aucun changement en ce domaine puisqu'elle autorisait les délégations aux officiers de police judiciaire, à l'exclusion des interrogatoires.

858. — Mais si l'acte de délégation n'est soumis à aucun formalisme, les actes effectués en vertu de la délégation doivent toutefois, obéir aux formes prévues pour les actes d'instruction. Le dernier alinéa de l'article 90 précisait, en effet, que la personne commise exerçait tous les pouvoirs du juge d'instruction. C'est ce qu'a tenu à rappeler la Cour de cassation. Le 22 janvier 1953 (219), les officiers de police judiciaire ne pouvaient effectuer des actes d'instruction parce qu'en cette hypothèse le juge lui-même n'aurait pu valablement opérer : sa saisine n'était pas régulière puisqu'elle ne visait pas un agissement délictueux précis. Mais, surtout, le 12 juin 1952 (220) la chambre criminelle devait montrer que les pouvoirs accordés impliquaient les mêmes devoirs : aucune manœuvre déloyale ne doit avoir lieu au cours de l'instruction afin de ne pas attenter aux droits de la défense.

Parallèlement à ces décisions sévères, l'absence de forme était reconnue. Le 2 juillet 1942 (221), il était admis qu'un juge d'instruction puisse donner des précisions relativement à l'exécution d'une perquisition au moyen d'un rapport annexé à la commission rogatoire. Plus particulièrement intéressante est l'affaire soumise à la chambre

(218) Crim., 12-7-1934, D.H. 1934.511 ; S. 1935.I.233, note Roux.

(219) Crim., 22-1-1953, D. 1953.533, note Lapp ; S. 1954.I.89, note Brunet ; J.C.P. 1953.II.7456, note Brouhot.

(220) Crim., 12-6-1952, B. 153 ; J.C.P. 1952.II.7241, note Brouhot.

(221) Crim., 2-7-1942, B. 83.

criminelle le 10 avril 1959 (222). Un juge d'instruction avait été saisi par un réquisitoire contre personne dénommée. Désirant obtenir des compléments d'information, il délégua un commissaire de police pour entendre tous témoins. Seulement, il était indiqué que l'affaire était menée contre inconnu. Aussi, le commissaire entendit-il l'inculpé sous la foi du serment. Cet acte fut déclaré nul par la chambre d'accusation puisqu'il s'agissait d'un interrogatoire mené sous serment par un officier de police judiciaire. Une question de prescription était, alors, en jeu. La chambre d'accusation avait décidé que le dernier acte interruptif avait été antérieur à la commission rogatoire. Mais la Cour de cassation cassa l'arrêt sur ce point, car la prescription était interrompue par la commission rogatoire jusqu'au moment de l'exécution de l'acte nul. Et la Cour justifia son attitude en constatant qu'il n'était pas nécessaire à la régularité de cet acte qu'il contienne l'indication du nom de l'inculpé.

859. — Ainsi, les formes n'étaient pas prescrites à peine de nullité, et l'on aurait pu penser que le Code de procédure pénale aurait apporté des modifications à cet état de fait. L'article 151 al. 2 dispose que la commission rogatoire doit comporter la nature de l'infraction, objet des poursuites, la date et la signature du magistrat. La mention de la nature de l'infraction apparaît comme un élément nouveau spécifique de cet acte. En réalité, cette formalité, ainsi que celle de l'alinéa 3 du même article 151, se réfère à l'interdiction des commissions rogatoires générales. Elle se présente comme substantielle à la régularité non pas tant de la délégation elle-même que de l'acte accompli pour son exécution, car elle garantit l'ouverture des poursuites judiciaires antérieures. L'absence de cette indication entâcherait seulement les opérations effectuées, dans la mesure où ces actes attenteraient aux droits de la défense. La loi, en effet, n'a assorti d'aucune nullité expresse le respect des formes en matière de commissions rogatoires.

C'est ainsi que la Cour de cassation a pu manifester la continuité des solutions précédemment dégagées, en estimant qu'un inculpé ne pouvait se prévaloir d'un droit acquis à ce que seul le juge d'instruction nominativement désigné dans une commission rogatoire procède au supplément d'information (223). Il suffit que la personne déléguée soit compétente. De même, l'absence du nom du magistrat délégué ne saurait être une cause de nullité si l'acte contient sans équivoque la mention de l'autorité qualifiée à laquelle il s'adresse (244).

860. — En revanche, il a été rappelé que la personne déléguée dispose seulement des mêmes pouvoirs que le juge d'instruction. Si ce dernier ne peut plus accomplir d'actes d'instruction, il en est de

(222) Crim., 10-4-1959, B. 205.

(223) Crim., 9-3-1961, B. 155. De même Crim., 5-1-1962, J.C.P. 1962.IV, p. 22 ; Crim., 27 décembre 1963, J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon.

(224) Crim., 9-3-1961, B. 155.

même pour l'officier de police judiciaire commis. Telle est la solution donnée par l'arrêt de la chambre criminelle du 24 juillet 1961 (225).

C'est aussi pour permettre de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs du juge que l'article 151 al. 2 C.P.P. oblige à préciser la nature de l'infraction poursuivie. Il est à présumer que la Cour de cassation considérera cette formalité comme essentielle pour la régularité des actes exécutés en vertu de la délégation. Ces derniers, toutefois, doivent observer les formes réglementées pour le juge d'instruction à l'exception de la présence du greffier (226) : à tous autres égards les mêmes règles sont applicables.

En réalité, la commission rogatoire est un acte de nature mixte : la délégation en elle-même constitue un simple acte d'administration et c'est la raison pour laquelle elle ne répond pas à des formes strictes, mais elle est aussi un acte d'instruction parce qu'elle permet des actes tendant à la manifestation de la vérité. En obligeant le juge à indiquer le motif de sa saisine, le C.P.P. apporte ainsi une garantie supplémentaire par rapport à l'état antérieur du droit : les citoyens savent que les actes accomplis ne sont pas arbitraires, mais destinés à faciliter la mission de la justice.

§ 2. — Les formes particulières aux actes de juridiction.

861. — Il ne saurait être question d'envisager une étude très approfondie de cette matière, car les règles sont moins élaborées en ce domaine. Nous nous contenterons de dégager quelques directives. Si les actes d'instruction sont des mesures destinées à porter atteinte aux droits des individus afin de favoriser la manifestation de la vérité, les actes de juridiction se présentent comme des décisions par lesquelles le juge d'instruction tranche un litige. Outre les formes applicables à tous les actes d'instruction (présence du greffier, signature...), d'autres sont nécessaires. D'une part, tout acte de juridiction contiendra la mention du fait pour lequel le juge est saisi, ainsi que sa qualification légale. D'autre part, la décision du magistrat doit être motivée.

A. — LA MENTION DU FAIT ET DE LA QUALIFICATION LÉGALE.

862. — Le Code d'instruction criminelle prévoyait une telle mention uniquement à propos du mandat d'arrêt. L'article 96 précisait que ce mandat contiendra l'énonciation du fait pour lequel il est décerné et la citation du texte de loi déclarant ce fait crime ou délit. Une telle mention devait aussi figurer dans l'ordonnance de clôture, car elle per-

(225) Crim., 24-7-1961, B. 353. Il en serait de même si le juge ne pouvait pas encore effectuer d'actes d'instruction (cf. *a contrario* Crim., 26-10-1961, B. 423).

(226) Voir *supra*, n° 788 et Crim., 4-6-1953 ; D. 1954.147, note F.G., ainsi que Crim., 4-1-1940, B. 3.

met au magistrat de renvoyer la procédure devant telle juridiction particulière (art. 128, 129, 130 et 134 al. 2 C.I.C.).

Diverses modifications ultérieures du C.I.C. ont étendu cette nécessité. Lorsque la liberté a été ordonnée de plein droit à l'expiration d'une période de cinq jours en matière correctionnelle, il est devenu important pour le magistrat de préciser quels étaient les faits et la qualification pénale qu'ils supportaient, afin de justifier la légalité de la détention (227). Le mandat de dépôt a besoin de ces formalités désormais. Il en est de même pour les ordonnances par lesquelles le magistrat refuse la mise en liberté provisoire.

863. — Le Code de procédure pénale reprend ces principales dispositions. L'article 123 al. 2 C.P.P. précise que les mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt mentionnent la nature de l'inculpation et les articles de loi applicables. De plus, si le juge prescrit une prolongation de la détention pour une nouvelle période, ou bien s'il y met fin, cette mention est utile pour permettre à la chambre d'accusation d'apprécier si la détention est légale.

Toutes les ordonnances de règlement devront posséder une telle mention, car la détermination de la juridiction de jugement compétente en sera facilitée. L'article 184 C.P.P. dispose d'ailleurs « les ordonnances de règlement indiquent la qualification légale du fait imputé ». Cette énonciation sera utile même dans l'hypothèse d'une ordonnance de non-lieu, car cela définira pour quel chef aucune poursuite ne peut plus être intentée, à moins d'une reprise de l'information pour charges nouvelles.

D'une manière plus générale, cette précision doit figurer sur tout acte juridictionnel, car elle témoigne la régularité de la saisine du juge d'instruction. Saisi d'un fait matériel, le magistrat doit invoquer sa saisine avant d'utiliser ses pouvoirs juridictionnels. Il en serait, ainsi, notamment pour une ordonnance de refus d'informer ou même une ordonnance de restitution d'objets saisis ou de soit-communiqué à caractère juridictionnel.

864. — Bien que la saisine du magistrat s'effectue *in rem*, il est parfois utile de préciser le nom de l'inculpé, dans la mesure où il est déterminé. Tel est le cas du mandat pour lequel l'article 123 C.P.P. oblige l'indication de l'identité de l'inculpé. La pratique des mandats contre X... serait trop dangereuse car elle permettrait l'arrestation de toute personne et se révélerait aussi illégale qu'une commission rogatoire générale. L'identité de l'inculpé devra également figurer sur les ordonnances renouvelant les effets du mandat primitif.

Enfin, toutes les ordonnances de règlement devront posséder cette mention. En ce qui concerne les ordonnances de renvoi devant une

(227) Mais la Cour de cassation se refuse à exercer un tel contrôle : voir les remarques de M. MERLE in « L'inculpation », Mélanges Hugueney, p. 111, n° 8 ; Crim., 25 juin 1959, J.C.P. 1959.II.11288 ; Crim., 6 juillet 1961, Bull. Crim., 1961, n° 328.

juridiction de jugement, elle est obligatoire, car si le juge d'instruction informe sur un fait, la juridiction de jugement ne peut attribuer une peine qu'à une personne déterminée. Si le juge ne parvenait pas à déterminer l'auteur de l'acte, il serait tenu de rendre une ordonnance de non-lieu (art. 177 al. 1 C.P.P.) (228). Pour toute autre ordonnance de règlement l'individu doit être précisé (art. 184 C.P.P. reprenant l'art. 134 al. 2 C.I.C.). Si un inculpé est mis hors de cause par une ordonnance de non-lieu partiel, l'indication du nom sera importante pour déterminer la portée et l'autorité de cette ordonnance.

Mais outre l'indication de la raison de la saisine du juge, toute ordonnance juridictionnelle doit contenir des motifs justifiant la décision.

B. — L'OBLIGATION DE MOTIVATION (229).

865. — Le Code d'instruction criminelle n'indiquait rien en cette matière. Seulement lorsque le juge rendait une ordonnance susceptible d'appel de la part d'une des parties, il précisait la raison de sa décision. Mais aucun texte de loi ne l'y obligeait en sorte qu'aucune nullité n'aurait pu être encourue pour immotivation de la décision. Toutefois, l'absence de motifs risquait fort de présenter, sous un jour défavorable, la décision du juge lors de son examen par la chambre d'accusation, surtout en présence des arguments de la partie appelante.

Le Code de procédure pénale a prescrit, à maintes reprises, l'obligation pour le juge d'instruction de prendre une ordonnance motivée, et cela même en dehors des hypothèses strictes où le droit d'appel est ouvert à l'une des parties. Ce faisant, la loi s'oppose à tout arbitraire du juge : s'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner les mesures d'instruction, il doit, comme toute juridiction, motiver ses décisions.

866. — D'aucuns pourraient s'étonner que toute ordonnance motivée ne soit pas susceptible de voie de recours. En réalité, il ne faut pas oublier que toute l'instruction préparatoire est essentiellement provisoire et il importe de ne pas entraver son déroulement par d'excessives voies de recours. D'ailleurs, le ministère public pourrait faire appel de ces ordonnances puisque la loi lui a accordé un droit général. En revanche, le droit d'appel des autres parties est limité aux hypothèses les plus graves, et c'est certainement pour cette raison que la jurisprudence s'est montrée très modérée pour accepter l'intervention de la partie civile qui invoquait une lésion à ses intérêts civils.

Cette interprétation peut être corroborée par une remarque faite à propos du pourvoi en cassation. Il est de tradition que cette voie de recours ne peut être exercée qu'à l'encontre des décisions définitives. La légalité doit être appréciée en fin de procédure et non en cours,

(228) Voir Crim., 2 décembre 1954, Bull. Crim., 1954, n° 369, p. 640.

(229) Sur l'obligation de motiver, voir les observations de M. LE BALLE, Cours de doctorat, 1960-1961, pp. 28 à 33.

ce qui gênerait la bonne marche de la justice. Tel était le système admis par l'article 416 C.I.C. Le décret-loi de 1935 n'avait pas apporté à cet égard de modifications essentielles : il précisait les cas où le pourvoi serait recevable contre les arrêts d'une chambre d'accusation et déterminait les modalités d'application de cette voie de recours. Malgré cela, la chambre criminelle avait admis la recevabilité du pourvoi en cas de circonstances exceptionnelles commandées par une bonne administration de la justice. L'article 570 C.P.P. reprenait l'ensemble des dispositions législatives sur cette question, mais il n'était plus mentionné les arrêts des chambres d'accusation. En l'absence de tout texte, la Cour de cassation a déclaré recevable le pourvoi lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice commandait une telle solution (230). L'ordonnance du 4 juin 1960 a institué une procédure particulière et originale destinée à combler cette lacune législative. Mais le problème demeure : il existe des décisions incontestablement juridictionnelles qui ne sont pas susceptibles de voies de recours.

867. — Il en est de même relativement à l'appel : toute décision juridictionnelle ne permet pas d'exercer cette voie de recours. En matière d'instruction préparatoire le droit d'appel est limité afin de ne pas gêner la marche du procès. Les deux notions d'acte juridictionnel et d'acte susceptible d'appel doivent être dissociées. Toutefois un arrêt de la chambre criminelle relatif à la notification des ordonnances juridictionnelles à la partie civile a décidé que ces deux notions étaient liées. Mais cet arrêt du 23 février 1934 (231) était relatif à une procédure particulière, celle de la mainlevée du mandat de dépôt prévue à l'article 94 C.I.C. Il semble qu'une telle solution ne serait plus admise, aujourd'hui, surtout en présence de l'accroissement du nombre de cas où le juge est tenu de motiver ses ordonnances.

Le Code de procédure pénale tend à instaurer de plus en plus une procédure d'instruction contradictoire et il reconnaît plus souvent l'utilisation de pouvoirs juridictionnels par le juge d'instruction. Dans ces conditions, le pouvoir arbitraire du juge est moins à craindre que par le passé puisque ces actes juridictionnels devront être motivés.

Il en est ainsi dans l'hypothèse de l'article 81 al. 7 lorsque l'inculpé sollicite un examen médico-psychologique. Si le juge ne veut pas faire droit à cette requête, il doit motiver sa décision même si celle-ci n'est pas susceptible de voie de recours (232). En de nombreux autres cas, le C.P.P. mentionne que le juge doit rendre une ordonnance motivée. L'article 82 al. 3 la prescrit quand le juge refuse de procéder à un

(230) Voir Crim., 25-6-1959 et Crim., 16-7-1959, D. 1959.449 et la note très substantielle M.R.M.P. contenant un rappel de la législation et de la jurisprudence antérieures.

(231) Crim., 23-2-1934, D.H. 1934.239.

(232) Ainsi Montpellier, 13-11-1959, J.C.P. 1960.II.11612, note Chambon. Cet arrêt a été approuvé par la Chambre criminelle, le 29-4-1960, J.C.P. 1960.II.11658.

acte d'instruction demandé par le procureur de la République, ou lorsque contrairement aux réquisitions de ce magistrat le juge accepte de mener une information à la suite de la constitution d'une partie civile (art. 86 al. 3). Si le juge statue sur la compétence (art. 90), ou sur la recevabilité d'une constitution de partie civile (art. 87 al. 3), sa décision doit également être motivée.

En matière de détention préventive, les différentes ordonnances devront contenir l'indication exacte des motifs nécessitant cette mesure. La loi l'indique relativement aux ordonnances prescrivant la mise en liberté demandée par l'inculpé (art. 141 al. 3), mais elle est aussi nécessaire sur le mandat originaire. L'article 137 en précisant que la détention préventive est une mesure exceptionnelle sous-entend qu'elle doit être justifiée chaque fois qu'il en est fait usage. De plus, après une première mise en liberté provisoire, le juge d'instruction peut ordonner la détention à nouveau si du moins des circonstances nouvelles ou graves la rendent nécessaire. L'article 144 al. 2 exige la justification de ces circonstances pour la régularité du nouveau mandat.

Outre la matière des expertises (art. 156 al. 2, 159 al. 2 et 167 al. 2 C.P.P.), les ordonnances de règlement doivent être motivées. L'article 176 prescrit au juge d'instruction d'examiner s'il existe à l'encontre de l'inculpé des charges constitutives d'infraction à la loi pénale. De plus, l'article 184 réglementant les formes des ordonnances de règlement précise que le magistrat doit indiquer les motifs pour lesquels il existe des charges suffisantes.

868. — S'agissant de décisions juridictionnelles, il semblerait que la motivation soit une formalité essentielle à la validité de l'acte. Cependant, la Cour de cassation ne l'a pas estimé. Statuant sur une prétendue nullité d'une ordonnance de renvoi qui ne contenait pas l'indication des motifs pour lesquels le juge estimait les charges suffisantes, la chambre criminelle, par un arrêt du 4 février 1960 (233), a décidé que cette formalité ne pouvait être considérée comme substantielle.

Le Code de procédure pénale n'a, en effet, attaché aucune nullité formelle à cette disposition, et cette mention n'a donc pour objet que d'éclairer les débats et de permettre un jugement plus rapide de l'affaire. De surcroît, la Cour de cassation constate que les droits de la défense n'ont pu, d'aucune manière, être atteints puisque cet acte se référait aux réquisitions du ministère public qui étaient motivées. Avec cet arrêt se trouve déjà exposée toute la politique délicate et savante menée par la Cour de cassation en matière de nullités de l'instruction préparatoire.

(233) *Crim.*, 4-2-1960, B. 66, *Rec. Droit Pén.*, 1960, p. 144 et les observations Laplatte.

CHAPITRE II

L'annulation des actes d'instruction.

869. — Le Code d'instruction criminelle ignorait cette question. Peut-être avait-il dans le magistrat une confiance si grande qu'il était amené à ne pas envisager ce problème. Mais des manquements aux règles de forme l'ont révélé.

Quatre systèmes possibles sont concevables en matière de nullité. Le plus rigoureux consisterait à reconnaître la nullité chaque fois qu'une règle de forme serait violée. Mais cette sanction pourrait être excessive notamment quand l'acte aurait été inutile ou favorable à l'inculpé. Il est possible, aussi, de penser que la nullité ne doit être proclamée que dans les cas où la loi l'a expressément formulée. Aussi la nullité ne pourrait jouer que pour l'instruction définitive puisque rien n'avait été prévu pour l'information préalable. Cette théorie rendrait vaines toutes les formalités dont la loi a voulu assortir les actes de la procédure pénale. Proche de cette conception, se situe celle qui abandonne à la souveraine appréciation des magistrats le soin de reconnaître si un acte peut être annulé. En fait, l'arbitraire serait préjudiciable aux inculpés. Il reste, alors, le système fondé sur le principe de la responsabilité : la nullité serait déclarée chaque fois qu'un préjudice a été causé à l'inculpé.

870. — La jurisprudence a tout d'abord reconnu qu'en ce domaine, il devait être fait appel à l'article 1030 du Code de procédure civile selon lequel « aucun acte de procédure ne sera déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi ». Et l'on appuyait cette position sur le fait que l'article 408 C.I.C. contenait une sembla-

ble disposition (1). Cependant, l'on faisait observer qu'outre les lois de procédure *stricto sensu*, existaient les lois d'organisation judiciaire et celles relatives à la compétence, qui demeurent hors du domaine de l'article 1030.

Dans ces conditions, la jurisprudence a été amenée à forger la théorie dite des « nullités substantielles », en vue de sanctionner des formes jugées indispensables pour qu'un acte puisse remplir sa fonction. La distinction entre les formes substantielles et les autres est fort délicate. Garraud pouvait écrire à ce propos : « La détermination exacte de la formalité omise ou irrégulièrement accomplie et dont la nullité n'est pas prononcée par la loi, son classement dans l'une ou l'autre des deux catégories que distingue la jurisprudence soulèvent des problèmes qu'il est difficile de résoudre par une formule générale et absolue » (2).

Quelques décades après, le président Brouchot reconnaissait que « toutes les formalités prescrites par la loi ne sauraient être placées sur le même plan... Le Code d'instruction criminelle, assez exceptionnellement d'ailleurs, prévoit la sanction de la nullité en cas d'infraction à quelques-unes de ses dispositions. En cette matière des nullités des actes d'information, la jurisprudence a édifié un système complexe et assez difficile à décrire. Les nécessités de la pratique l'ont conduite à adopter des solutions souples et diverses qui, aux yeux de certains, peuvent paraître parfois arbitraires » (3).

871. — Le problème des nullités apparaît ainsi comme une casuistique des diverses violations de la loi. Certes, la loi du 8 décembre 1897 avait introduit certaines hypothèses de nullité textuelle, en son article 12, mais aucune théorie générale n'était édifiée. Les différents projets de Code d'instruction criminelle n'ont pas laissé de côté cette question, mais ils évitent de prendre parti. Ainsi, le projet de Code de 1938 consacre formellement dans ses articles 103 et suivants le principe que les dispositions substantielles de la procédure d'instruction sont requises à peine de nullité, mais il n'est pas indiqué de moyen pour les reconnaître. Une attitude similaire était observée par le projet Donnedieu de Vabres de 1949 à l'article 133.

Le Code de procédure pénale n'a pas agi de manière différente. Si l'article 170 prescrit la nullité en cas de violation des dispositions réglementées aux articles 114 et 118, l'article 172 dispose : « Il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre, autres que celles visées à l'article 170 et notamment en cas de violation des droits de la défense. »

(1) ... « Lorsqu'il y aura en violation ou omission de quelques-unes des formalités que le présent Code prescrit sous peine de nullité. »

(2) GARRAUD, *op. cit.*, T. III, n° 1096. Seraient substantielles pour cet auteur les formes se rattachant aux trois principes fondamentaux du système accusatoire. Comparer SOLUS et PERROT, *op. cit.*, T. I, n°s 401 à 417, CUCHE et VINCENT, *Procédure civile*, n° 502, GLASSON, TISSIER et MOREL, II, n° 441.

(3) BROUCHOT, note sous Crim., 12-6-1952, J.C.P. 1952.II.7241.

Par ailleurs deux autres hypothèses de nullité textuelle étaient prévues : les formalités de l'article 30 relatives à l'utilisation par les préfets des pouvoirs de police judiciaire et l'interdiction d'entendre comme témoin une personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de culpabilité. Mais si une ordonnance du 13 février 1960 a supprimé ces deux derniers cas, la loi du 15 janvier 1963 a rétabli le premier. Néanmoins, la jurisprudence aura le soin de déterminer quelles dispositions doivent être considérées comme substantielles, et lesquelles ne peuvent avoir d'indice sur la régularité de la procédure. Pour étudier de manière aussi complète que possible cette question des nullités, nous envisagerons les cas où la nullité peut être encourue, le caractère des nullités et les modalités de la réparation des nullités.

SECTION I

LES CAUSES D'ANNULATION

872 — Si la nullité édictée expressément dans un texte présente l'avantage d'assurer la sécurité aux particuliers puisque toute inobservation de la règle est automatiquement sanctionnée, elle n'en a pas moins des inconvénients. Après avoir connu une période au cours de laquelle il possédait une liste assez fournie de nullités textuelles, le Code de procédure pénale est revenu partiellement à une conception moins stricte en prévoyant une nullité éventuelle en cas de violation des dispositions substantielles (4).

§ 1. — Les nullités textuelles.

873. — Les nullités textuelles ont, pour la première fois, été consacrées en matière d'instruction préparatoire par la loi du 8 décembre 1897. L'article 12 de ce texte énumérait un certain nombre de cas où la nullité devait être prononcée de manière obligatoire. D'une part, seront déclarées nulles les procédures où par violation de l'article 1^{er} un magistrat aura jugé une affaire qu'il a instruite. D'autre part, sont frappés de nullité certains actes d'instruction accomplis irrégulièrement

Il en est ainsi lorsque l'interrogatoire de première comparution n'a pas été mené conformément à la loi, c'est-à-dire si le procès-verbal de cet acte ne constate pas que les divers avertissements ont été donnés à l'inculpé. Une sanction identique atteint les interrogatoires et les

(4) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 537 ; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1035.

confrontations conduits en l'absence des conseils des parties, sans que le magistrat les ait avertis de cet acte ou ait obtenu la renonciation des parties à cette assistance. Enfin, la mise à la disposition des conseils, de la procédure la veille de chaque interrogatoire ainsi que l'avis à donner immédiatement de toute ordonnance juridictionnelle sont prescrites à peine de nullité.

874. — Le Code de procédure pénale adopte une position plus restrictive. L'article 170 envisage deux hypothèses : l'inobservation des articles 114 et 118, qui concernent le formalisme de la première comparution et des autres interrogatoires (mise de la procédure à la disposition du conseil la veille et convocation à cet acte) (5). Il convient d'y adjoindre la matière des perquisitions. L'article 96 C.P.P., dans son alinéa 2, renvoie expressément à l'article 59 qui dispose que les différentes formalités sont assorties de la nullité. Bien que les formalités régies par l'article 59 soient celles des articles 56 et 57 C.P.P., il semble que rien ne s'oppose à l'application de la nullité aux perquisitions menées par les juges d'instruction. D'une part les règles prescrites sont identiques : d'autre part, l'article 96 renvoie à l'article 59 en général sans limiter la référence à certains alinéas. Ce faisant, le Code de procédure pénale sanctionne par la nullité un acte qui, précédemment, n'était pas assorti d'une telle sanction.

Deux autres cas étaient également prévus : l'inobservation des formalités de l'article 30 C.P.P., ainsi que l'interdiction d'entendre comme témoin un « inculpé latent » (art. 105 C.P.P.). Après une éclipse partielle, le premier de ces cas a été rétabli.

En outre, une hypothèse de nullité textuelle, prévue par la loi du 8 décembre 1897, ne se trouve plus : l'envoi de l'avis des ordonnances juridictionnelles aux conseils, tandis que l'interdiction de participer au jugement des affaires instruites est toujours assortie de la nullité (art. 49 C.P.P.).

875. — Se pose, alors, la question de la preuve de l'accomplissement des formalités. Deux systèmes peuvent se concevoir à cet égard : ou bien la preuve doit résulter de l'acte lui-même, ou bien elle peut être établie à l'aide d'éléments extérieurs. La Cour de cassation a opté pour le premier de ces procédés. D'une part, s'agissant d'une garantie accordée à l'inculpé, il importe qu'il constate lui-même, par sa signature au pied de l'acte, que la formalité a réellement eu lieu. D'autre part, il est de principe que toute formalité non constatée est réputée non accomplie. Autoriser une preuve extérieure à l'acte aurait conduit à considérer des éléments non concomitants à l'acte.

La jurisprudence s'est manifestée à propos de la valeur des récépissés postaux. Pour assurer la convocation des conseils aux interrogatoires, la Chancellerie avait suggéré aux magistrats d'utiliser les let-

(5) Pour des cas d'application, voir *Crim.*, 27 février 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 96 ; obs. Robert, *Revue Sc. Crim.*, 1963, p. 568 ; Poitiers, 15 janvier 1964, *G.P.* 1964.I.446.

tres recommandées et d'annexer le récépissé de l'Administration des Postes au dossier. Mais il a été considéré que ce document ne pourrait servir de preuve à lui seul, pas plus qu'il ne pourrait détruire une constatation figurant à l'acte.

C'est ce qu'a décidé la chambre criminelle par un arrêt du 27 juillet 1911 (6) : « Un récépissé de la poste ne saurait faire preuve de la nature de la communication à laquelle il est relatif. » Cette position a été rappelée à plusieurs reprises, et notamment dans un arrêt du 13 mai 1953 (7). Cette solution est sage, car le récépissé ne prouve pas l'exécution d'une formalité; il indique seulement qu'une lettre recommandée a été adressée mais il n'en précise ni le contenu ni l'objet.

876. — Si l'acte contient la constatation d'une formalité, la preuve est rapportée et il est inopérant de rechercher des moyens susceptibles de détruire cette preuve. C'est ce que mentionne un arrêt du 4 janvier 1934 (8). Un inculpé prétendait tirer argument des récépissés postaux pour montrer une contradiction avec les mentions apposées par le greffier sur les actes. La chambre criminelle a refusé d'examiner cette prétendue contradiction, en remarquant que l'accomplissement des formalités était établie « par des mentions faisant foi jusqu'à inscription de faux, et qu'il est sans intérêt de rechercher si les récépissés postaux qui, dans le dossier de la procédure, se trouvent annexés aux pièces... fournissent ou non la confirmation d'une preuve d'ores et déjà rapportée ».

Toutefois ces documents pourraient être produits pour corroborer une preuve incomplète ou pour compléter des mentions insuffisantes ou équivoques. C'est ce qui fut admis le 25 avril 1913 (9). La chambre criminelle a constaté que la preuve était rapportée lorsqu'il figurait au dossier de la procédure les récépissés postaux constatant l'expédition des avis des ordonnances auxquels s'ajoutait le fait que l'inculpé avait présenté devant la chambre d'accusation un mémoire. Il en aurait été différemment si les mémoires émanaient d'autres avocats que ceux chargés lors de la première information de la défense de l'inculpé. En pareil hypothèse, la preuve ne serait pas rapportée qu'ils ont eu connaissance de l'acte (10).

De même, les récépissés postaux pourraient servir à prouver que l'avis a été fourni à tous les conseils des inculpés, alors que l'acte contiendrait seulement la communication au défenseur. Le supplé-

(6) *Crim.*, 27-7-1911, D.P. 1912.I.253, note Leloir.

(7) *Crim.*, 12-12-1912, D.P. 1913.5.49 ; Paris, 20-2-1922, D.P. 1923.II.208 ; *Crim.*, 5-1-1923, D.P. 1923.I.56 ; *Crim.*, 27-11-1930, B. 285 ; *Crim.*, 5-3-1931, B. 64 ; *Crim.*, 12-11-1931, B. 252 ; *Crim.*, 30-11-1933, D.P. 1934.I.121, note Leloir ; *Crim.*, 18-1-1935, B. 13 ; *Crim.*, 13-5-1953, J.C.P. 1953.IV.97.

(8) *Crim.*, 4-1-1934, D.P. 1934.I.121, note Leloir.

(9) *Crim.*, 25-4-1913, D.P. 1914.5.14.

(10) Ainsi *Crim.*, 5-1-1923, D.P. 1923.I.56.

ment de preuve qui n'émane pas de l'acte pourrait être ainsi obtenu (11).

877. — L'intervention du Code de procédure ne permet pas de considérer possible une solution différente. Certes, l'article 118 al. 2 prescrit que les différents avis adressés à l'inculpé ou à son conseil seront envoyés au moyen de lettres recommandées, mais cela ne saurait dispenser le greffier de porter sur l'acte l'accomplissement des diverses formalités. Le récépissé postal ne pourra pas faire la preuve de la formalité.

Déjà la Cour de cassation a considéré que les mentions d'un procès-verbal régulièrement dressé énonçant que le conseil de l'inculpé a été régulièrement convoqué et que la procédure a été mise la veille à sa disposition, établissent jusqu'à inscription de faux le respect des prescriptions de l'article 118 C.P.P. (12). En d'autres termes, la preuve par d'autres moyens ne pourrait être présentée. La Cour de cassation admettrait d'autant moins la critique qu'aucune contestation n'aurait été soulevée à cet égard devant les juges du fait (13).

Un arrêt du 9 janvier 1962 (14) est très significatif. Il était invoqué devant la chambre criminelle qu'aucun récépissé postal ne justifiait l'envoi d'une lettre recommandée pour convoquer le conseil à un interrogatoire. La Cour de cassation constata que la mention, dans l'interrogatoire, de la convocation adressée au conseil faisait foi jusqu'à inscription de faux même en l'absence de tout récépissé postal.

Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que la jurisprudence relative à la valeur des récépissés postaux sera maintenue. Il suffit pour la validité de l'acte que les formalités soient constatées à l'acte même (15).

Mais un inculpé ne pourrait invoquer l'absence de constatation régulière du seul fait que l'acte ne porterait pas la signature du juge d'instruction. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 1961 (16). « En signant le procès-verbal, l'inculpé a reconnu lui-même avoir reçu l'avis prescrit par l'article 114 al. 3 : ainsi il a été satisfait aux prescriptions de la loi. »

Avec cette dernière hypothèse, la limite est très proche avec la théorie des nullités substantielles dégagée par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation reconnaît que l'inculpé ne peut se faire grief d'un acte qui n'a pu lui causer aucun préjudice.

(11) En ce sens Crim., 10-11-1937, D.P. 1940.I.16.

(12) Ainsi Crim., 22-8-1960, B. 411 ; Crim., 27-10-1960, B. 488 ; Crim., 9 janvier 1962, B. n° 18 ; Crim., 21 juin 1962, B. 230.

(13) En ce sens Crim., 3-5-1961, B. 231 ; Crim., 1-6-1961, B. 286.

(14) Crim., 9-1-1962, J.C.P. 1962.IV.26 ; Bull. Crim., 1962, n° 18.

(15) Voir aussi Crim., 27 février 1963, Bull. Crim., 1963, n° 96, p. 190.

(16) Crim., 12-1-1961, B. 24.

§ 2. — Les nullités substantielles.

878. — La théorie des nullités substantielles était assez peu développée sous l'empire d'un seul Code d'instruction criminelle. Seule la prestation du serment avait été déclarée obligatoire pour les experts. Cela se concevait dans la mesure où les droits de l'inculpé étaient très restreints. L'interrogatoire était pratiquement le seul acte essentiel de la procédure auquel il participait. Le secret voilait toute l'instruction préparatoire et l'inculpé ne pouvait se faire assister d'un défenseur. Avec la loi du 8 décembre 1897, les droits de la défense sont reconnus au stade de l'information. Comme le notait Garraud, la violation de la défense ne peut se concevoir que dans un système accusatoire. Si la loi de 1897 a supprimé le secret à l'égard de l'inculpé assisté d'un conseil, elle a instauré, dans une certaine mesure la contradiction puisque les conseils sont admis à prendre la parole lors des interrogatoires, ils ont droit à la communication préalable du dossier et sont avisés de toute ordonnance juridictionnelle du juge d'instruction.

La théorie des nullités substantielles trouve un champ d'application plus étendu. Cette extension est encore accrue avec le Code de procédure pénale, puisque le domaine des nullités textuelles est restreint.

A. — LES FORMES SUBSTANTIELLES DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE (17).

879. — De nombreuses dispositions ont été déclarées, par la jurisprudence, formalités essentielles à la régularité des actes, bien qu'aucun texte n'édicât la nullité. Il a été, ainsi, reconnu le 27 février 1909 (18) que doivent être annulés les actes effectués par un juge dont le greffier n'a pas prêté le serment prévu par la loi. Cette exigence figure dans d'autres décisions, et à nouveau le 18 février 1958 (19) qui affirme que l'officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire n'est pas tenu de la respecter.

En matière de signatures et de ratures, la jurisprudence a été beaucoup plus souple. En principe les règles édictées ne sont pas prescrites à peine de nullité. Il en est différemment si ces inexactitudes ne permettent pas de constater l'accomplissement d'une formalité substantielle. C'est ce qui a été jugé le 8 janvier 1914 par la chambre criminelle (20), dans une affaire où l'absence de signature ne per-

(17) Cf. BOUZAT, *Traité*, 1^{re} éd., n° 1166.

(18) *Crim.*, 27-2-1909, B. 137.

(19) Voir aussi *Crim.*, 12-3-1909, B. 160 ; *Crim.*, 7-8-1937, B. 181, et à propos des officiers de police judiciaire : *Crim.*, 11-1-1940, B. 3 ; *Crim.*, 19-2-1953, B. 61 ; *Crim.*, 4-6-1953, B. 191 et *Crim.*, 18-2-1958, B. 161.

(20) *Crim.*, 8-1-1914, B. 13. Voir aussi *Crim.*, 15 février 1961, *Bull. Crim.*, 1961, n° 96, p. 184 et *Crim.*, 23 mai 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 172, p. 371.

mettait pas de prouver que le juge avait donné à l'inculpé les avis nécessaires de la première comparution. C'est pour une raison analogue que la Cour de cassation a été exigeante pour la prestation du serment de l'expert. La prestation de serment est nécessaire pour imprimer aux actes des experts l'autorité sans laquelle aucun caractère public ne saurait leur appartenir. La jurisprudence est constante sur ce point depuis un arrêt du 16 janvier 1836 (21). Un arrêt du 22 mai 1959 (22) rappelle cette obligation.

880. — En revanche, la prestation de serment de l'inculpé lors de son interrogatoire doit entraîner la nullité de cet acte. C'est ce qu'a admis la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1923 (23). Bien qu'aucun texte du Code n'interdise une telle procédure, il est apparu qu'elle était contraire aux principes constitutionnels. L'abolition de l'ordonnance de 1670 ainsi que la déclaration des droits de l'homme s'opposent à ce que le serment soit déféré à l'inculpé. Une affaire similaire devait être évoquée devant la Cour de cassation le 10 avril 1959 (24).

Très voisin de ce problème se situe celui des inculpations tardives. La nullité pourrait être reconnue, puisque, dans ce cas, l'inculpé entendu à titre de témoin a prêté le serment. Mais la Cour de cassation ne s'est pas prononcée à ce propos, elle a préféré voir en cette pratique la violation de dispositions substantielles prévues par la loi de 1897.

B. — LES DISPOSITIONS DE LA LOI DE 1897.

881. — Dès la promulgation de cette loi, il est apparu que les seules hypothèses prescrites à peine de nullité n'étaient pas suffisantes. Ainsi en était-il pour l'article 3 de la loi réglementant la première comparution. La seule disposition prévue à peine de nullité était l'avertissement à l'inculpé qu'il était libre de ne faire aucune déclaration. Or il pouvait paraître plus important que l'inculpé soit avisé de la faculté d'être assisté d'un conseil. Aussi, des cours d'appel ont estimé que l'article 12 avait fait une fausse référence à l'article 3 (25). Mais la Cour de cassation a rétabli la véritable position du problème. Par un arrêt du 4 février 1898 (26), elle a déclaré qu'il importait peu que la nullité n'ait pas été attachée expressément à l'inobservation de

(21) Crim., 16-1-1836, B. 19. Voir *supra*, n° 830.

(22) Crim., 22-5-1959, B. 266. Voir aussi Crim., 3 mars 1964, Bull. Crim., 1964, n° 79, p. 182.

(23) Crim., 6-1-1923, B. 7 ; D.P. 1924.I.175.

(24) Crim., 10-4-1959, B. 205 : un officier de police judiciaire avait entendu, dans cette affaire, l'inculpé sous la foi du serment. Voir aussi Riom, 23 novembre 1960, J.C.P. 1961.II.11952, note Chambon.

(25) Ainsi Caen, 28-12-1897 ; Paris, 6-1-1898 ; Aix, 6-1-1898 ; Rennes, 19-1-1898 ; Lyon, 5-1-1898. Analysés et commentés par Leloir, « Instruction préalable », France judiciaire, 1898.I.4.

(26) Crim., 4-2-1898, S. 1900.I.57, note Roux ; D.P. 1898.I.229.

l'article 3 al. 3, puisque « les formalités qui font partie substantielle du droit de défense sont de rigueur et que leur omission constitue de plein droit et par elle-même une nullité radicale ».

La même attitude est manifestée par un arrêt du 30 décembre 1927 (27). Dès lors, la théorie des nullités substantielles s'appliquera à toutes les dispositions de la loi de 1897. Ainsi, il a été considéré que le premier interrogatoire devait toujours avoir lieu, et qu'en outre il était nécessaire de procéder à un interrogatoire au fond (28).

En revanche, seraient régulières les procédures dans lesquelles le magistrat a entendu le futur inculpé comme témoin, si l'information était ouverte contre inconnu. Le juge d'instruction a le devoir avant toute inculpation de s'informer sur le degré de participation aux faits criminels. La nullité ne serait encourue que si le juge avait entendu volontairement écarter les dispositions protectrices édictées en faveur de l'inculpé (29). L'arrêt Fesch et Blot du 16 juin 1955 (30) a marqué un tournant en n'exigeant plus que le résultat.

882. — Relativement à l'article 10 de la loi, l'article 12 édictait une nullité textuelle en sorte que les mentions concernant les interrogatoires étaient obligatoires (31). Il en était de même pour l'avis des ordonnances juridictionnelles. Mais cet avis devait être adressé immédiatement en sorte que la jurisprudence a été amenée à déclarer que constituait une atteinte aux droits de la défense le fait d'expédier simultanément l'avis de deux ordonnances successives.

Cette hypothèse se trouve réalisée lorsqu'il est donné connaissance dans des temps très voisins de l'ordonnance de soit-communiqué préalable aux réquisitions définitives du procureur de la République et de l'ordonnance de clôture de l'information. Dès le 24 juin 1898 (32), la Cour de cassation déclarait que cette ordonnance de soit-communiqué était juridictionnelle. L'avis devait en être adressé au conseil de l'inculpé pour qu'il puisse éventuellement solliciter la communication du dossier et présenter toutes observations utiles à la défense. Le 4 janvier 1913 (33), il a pu être, alors, décidé que l'envoi simultané de l'avis des deux ordonnances constituait une violation des droits de la défense (34). Ainsi, en l'absence de toute prescription légale, la

(27) Crim., 30-12-1927, D.P. 1929.I.55.

(28) Crim., 24-6-1922, D.P. 1924.I.58. *Contra* Crim., 12-9-1912, D.P. 1914.I.146. Mais voir Paris, 11 décembre 1961, J.C.P. 1962.II.12692 *bis*.

(29) Cf. *supra*, n°s 676 et ss.

(30) Crim., 16-6-1955, J.C.P. 1955.II.8851, note Vouin.

(31) Ainsi Crim., 17-10-1901, B. 255 ; Crim., 11-8-1904, B. 384 ; Crim., 28-3-1907, B. 153 ; Crim., 24-12-1909, B. 631 ; Crim., 30-11-1933, D.P. 1934.I.121, note Leloir.

(32) Crim., 24-6-1898, B. 230 ; S. 1901.I.153, note Roux.

(33) Crim., 4-1-1913, S. 1915.I.31.

(34) Voir ainsi Crim., 10-2-1923, S. 1923.I.233 et la note Roux ; Crim., 30-4-1925, S. 1926.I.187 ; Crim., 9-6-1955, D. 1956.80. Voir, toutefois Crim., 27 décembre 1963, J.C.P. 1964.II.13543, note Chambon.

jurisprudence a considéré que la hâte du juge d'instruction à clore son enquête aboutissait à une violation des droits de la défense (35).

Enfin, parmi les hypothèses de violation des droits de la défense, il faut rappeler l'arrêt rendu le 12 juin 1952 (36). Dans cette affaire, des officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire avaient utilisé des procédés déloyaux pour parvenir à la manifestation de la vérité. Aussi l'acte fut-il déclaré nul par suite de la violation des règles fondamentales relatives à l'instruction préparatoire.

883. — Parmi ces différents cas de violation des droits de la défense, il semble difficile de trouver un fil conducteur. Comme l'avaient remarqué les auteurs, toute tentative de classification paraissait vouée à l'échec (37). Cependant un arrêt du 25 juin 1908 (38), nous apporte quelque lumière. En l'espèce, le juge d'instruction n'avait pas donné à l'inculpé l'avis qu'il pouvait se faire assister d'un conseil, mais de lui-même l'inculpé avait choisi un conseil dès le début de l'instruction. Dans ces conditions, il ne pouvait invoquer la violation de ses droits puisqu'il avait en quelque sorte renoncé à invoquer la nullité et surtout puisqu'il n'avait pu souffrir du non-respect des formalités. Ainsi pour reconnaître la violation des droits de la défense, il apparaît que la jurisprudence considère non seulement la règle de droit violée mais aussi le résultat que cette violation a entraîné. Le Code de procédure pénale, tel que l'interprète la jurisprudence, accuse mieux cette notion.

C. — LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE.

884. — Le Code de procédure pénale en reprenant les dispositions des différents projets de réforme antérieurs présente au premier abord une allure sybilline. L'article 172 dispose, en effet : « Il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre, autres que celles visées à l'article 170, et notamment en cas de violation des droits de la défense. » Que renferme cette expression ? On pourrait songer à se référer aux solutions antérieurement admises. Mais il convient de tenir compte que certaines nullités textuelles ne le sont plus actuellement. Pour essayer de comprendre le contenu de cette formule nous analyserons la jurisprudence intervenue.

Par un arrêt du 4 février 1960 (39), la chambre criminelle affirme que l'obligation de motiver l'ordonnance de renvoi prescrite par l'arti-

(35) Une manière de raisonner identique a probablement inspiré l'arrêt de la Chambre d'accusation de Paris du 11 décembre 1961 (J.C.P. 1962.II.12692 *bis* note Chambon). En l'espèce le juge d'instruction avait refusé de procéder à un interrogatoire au fond, sollicité par le Ministère public, interrogatoire qui avait les apparences d'un interrogatoire définitif, et la Cour de Paris a censuré la clôture hâtive de l'information.

(36) Crim., 12-6-1952, B. 153, J.C.P. 1952.II.7241, note Brouhot.

(37) Ainsi BROUCHOT, *loc. cit.*, GARRAUD, *op. cit.*, T. III, n° 1096.

(38) Crim., 25-6-1908. B. 270.

(39) Crim., 4-2-1960, B. 66 ; Rec. Droit Pénal, 1960, p. 144 et obs. Laplatte.

cle 184 ne doit pas être considérée comme une disposition substantielle, puisque, en l'espèce, cet acte se référait aux réquisitions motivées du procureur de la République. L'inculpé, de cette manière, n'ignorait pas les motifs de son renvoi devant la juridiction de jugement.

Le 3 mars 1960 (40), à propos de la procédure menée devant la chambre d'accusation, il était invoqué que l'un des inculpés en état de liberté provisoire n'avait pas été convoqué. La nullité de l'arrêt ne fut pas prononcée parce qu'il était constaté la convocation des avocats qui avaient même présenté des observations orales.

De la même manière, l'irrégularité d'une expertise fut rejetée, bien que les documents n'eussent pas été fournis à l'expert en présence des parties assistées de leurs conseils. Pour regrettable que soit l'inobservation de cette disposition, l'acte ne fut pas annulé parce qu'il n'avait abouti à aucun résultat positif (41).

Sur une question qui, autrefois, constituait une hypothèse de nullité textuelle, la chambre criminelle devait décider, le 27 décembre 1960 (42) qu'il n'y avait pas de nullité. Une ordonnance de transmission de pièces n'avait pas été notifiée aux conseils. Mais il était constaté que devant la chambre d'accusation les avocats avaient déposé des mémoires et présenté leurs observations, sans critiquer d'ailleurs cette irrégularité. Dans ces conditions, il était suffisamment prouvé que l'inculpé n'avait pu être lésé dans ses droits.

Enfin, le 12 janvier 1961 (43), la chambre criminelle rejetait le moyen tiré d'une inobservation de l'article 183 concernant la notification d'une ordonnance de règlement en constatant qu'il ne résultait d'aucune pièce du dossier que l'inculpé avait fait choix d'un conseil. Signalons enfin les arrêts rendus à propos des inculpations tardives, qui refusent de sanctionner la violation de l'article 105 C.P.P. au motif qu'il n'existait pas d'indices graves et concordants de culpabilité (44).

885. — Ces décisions de la Cour de cassation peuvent laisser perplexe l'observateur, car elles témoignent une certaine hostilité à l'admission des cas de nullité. Toutefois, le 24 juillet 1961 (45), était annulé, pour violation des droits de la défense, un procès-verbal d'audition de témoin effectué par un officier de police judiciaire en vertu d'une commission rogatoire périmée.

(40) *Crim.*, 3-3-1960, D. 1961.167, note M.R.M.P. Voir dans le même sens *Crim.*, 26 mai 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 176, p. 382.

(41) *Crim.*, 24-11-1960, D. 1961.167, note M.R.M.P. Voir pour une solution identique, *Crim.*, 10 janvier 1962, *Bull. Crim.*, 1962, n° 25.

(42) *Crim.*, 27-12-1960, B. 624 ; D. 1961.167, note M.R.M.P. Voir aussi 27 juin 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 237, p. 496.

(43) *Crim.*, 12-1-1961, B. 24.

(44) Voir *Crim.*, 21 juin 1962, B. 230 ; *Crim.*, 17 octobre 1962, B. 276 ; *Crim.*, 18 décembre 1963, B. 367 ; *Crim.*, 16 et 27 juillet 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n°s 239 et 252, pp. 511 et 539.

(45) *Crim.*, 24-7-1961, B. 353.

Comme par le passé, il aurait été difficile de discerner la ligne de partage si d'éminents magistrats n'avaient tenté d'explicitier la notion de droits de la défense (46). Ces auteurs estiment, en effet, que l'article 172 C.P.P. n'a pu laisser, à la jurisprudence, le soin de déterminer une ligne entre les formalités qui doivent être effectuées obligatoirement et celles qui peuvent être tenues pour secondaires. « S'il y a parmi les prescriptions de la loi des dispositions dont l'observation est prescrite à peine de nullité et d'autres qui ne le sont pas, c'est au législateur de le dire et il manque à son devoir s'il laisse au juge le soin de légiférer à sa place. »

De plus, la sécurité juridique ne serait pas obtenue tant que la jurisprudence n'aurait pas dressé un catalogue des formalités essentielles. Mais alors, les autres formalités apparaîtraient comme inutiles et la loi n'aurait pas eu besoin de les édicter. Or nous avons montré que les différentes formes étaient destinées à assurer la régularité des opérations en même temps qu'à prévenir tout risque d'arbitraire. Dans ces conditions toutes peuvent prétendre à être qualifiées de formalités substantielles.

Toutefois, il convient de tenir compte du fait que l'instruction préparatoire est un stade provisoire du procès pénal et les nullités ne doivent pas l'entraver, dans la mesure où il s'agit d'irrégularités mineures. C'est la raison pour laquelle l'article 172 permet d'annuler un acte, en dehors d'une hypothèse textuelle, s'il y a eu violation des droits de la défense.

886. — Pour que la défense soit atteinte dans ses droits, il faut donc que l'inobservation d'une forme lui cause un préjudice. En d'autres termes, la faute seule du magistrat n'est pas suffisante, il importe aussi qu'elle ait pour résultat de nuire aux droits de la défense. La violation des droits de la défense se fonde sur le système de la responsabilité et l'annulation de l'acte apparaîtra comme le moyen de réparer le dommage causé aux droits de l'inculpé (47).

De cette manière, les différentes décisions de la chambre criminelle peuvent aisément s'expliquer. Dans les espèces citées, l'inculpé n'avait subi aucun préjudice du fait de la violation des règles légales. Il n'en était pas de même dans la dernière affaire du 24 juillet 1961 puisque l'acte irrégulier avait déterminé le Parquet à rouvrir l'information sur charges nouvelles, laquelle avait abouti à une condamnation. Ce faisant, la Cour de cassation reprenait une distinction qu'elle avait

(46) Notes M.R.M.P. publiées au D. 1961, pp. 167, 288 et 581.

(47) Cette notion est à rapprocher du système des nullités en matière de procédure civile, tel qu'il résulte des articles 70 et 173 du C.P.Civ. Voir à cet égard CUCHE et VINCENT, *précis*, n^{os} 502 à 505 ; SOLUS et PERROT, *op. cit.*, I, n^{os} 401, 407, 409 à 417. De même LEVEL « La notion de formalité substantielle », *Rec. général des Lois et Décrets*, 1959, Doc. p. 5 ; Civ., 3 juillet 1958, J.C.P. 1958.IV, n^o 3268 ; Adde Breton, *chr. D.H.* 1936, p. 45 ; Paris, 13 mars 1958, D. 1958, p. 489 et les observations de M. Raynaud à la Rev. Trim. Dt. Civ., 1955, p. 368 ; 1957, p. 578 *Crim.*, 24 juin 1959, D. 1959, p. 467.

appliquée dans l'arrêt du 25 juin 1908 (48), en décidant que la renonciation préalable à l'assistance d'un conseil rendait inutile l'avertissement de l'article 3 al. 3 de la loi de 1897.

Cette méthode d'interprétation permet aussi de comprendre la position de la jurisprudence relativement au problème des inculpations tardives : l'acte doit être annulé dans la mesure où il est résulté une violation des droits de la défense. Et le préjudice est certain dès que des indices graves et concordants faisaient présumer la culpabilité. Ce problème ainsi compris, il apparaît que le changement des motifs de la Cour de cassation avec l'affaire Dominici (49) et les différentes rédactions de l'article 105 C.P.P. présentent un intérêt bien moins grand. L'essentiel est de savoir si l'individu pouvait, en l'état de l'affaire, faire l'objet d'une inculpation et si le retard apporté dans cet acte a causé un préjudice à cette personne (50).

887. — A notre sens, cette interprétation de l'article 172 du C.P.P. est fort sage. Toutes les formalités décrites au Code doivent être observées, sinon il n'aurait pas été nécessaire de prévoir des garanties. D'autre part, l'annulation pouvant avoir des conséquences graves, il importe de la prononcer uniquement lorsque, en fait, il a été porté atteinte à la libre défense de l'inculpé. De cette manière, il n'y a pas des formalités obligatoires et d'autres qui ne le seraient pas. Toutes les règles de forme doivent être observées, sous peine d'entraîner éventuellement une annulation des actes. Il n'est donc pas possible d'établir une liste des hypothèses où une telle sanction pourrait être déclarée puisque la jurisprudence se livre à une appréciation concrète de chaque cas qui lui est soumis (51).

Dans ces conditions, l'interprétation donnée par la Cour de cassation à l'article 172 devrait aboutir à l'observation précise des règles relatives à l'exécution des actes d'instruction. Le juge d'instruction ne doit pas se contenter de respecter les formalités des actes les plus graves, il doit en toute circonstance se conformer au texte de la loi pour que jamais il ne puisse permettre à un inculpé d'invoquer une cause d'annulation pour violation des droits de la défense.

888. — Si, théoriquement le système d'interprétation de l'article 172 C.P.P. paraît satisfaisant, il convient, cependant, de critiquer le résultat auquel parvient la Cour de cassation. Pratiquement, il n'a été reconnu jusqu'alors aucune violation des droits de la défense. C'est qu'en effet, la chambre criminelle se montre exigeante sur le préjudice que prétend avoir subi l'inculpé. Une telle appréciation peut

(48) *Crim.*, 25-6-1908, B. 270.

(49) *Aff. DOMINICI*, 22-7-1954, *J.C.P.* 1954.II.8351, note Vouin. M. VOUIN avait relevé l'évolution de la Cour de cassation sur cette question, qui devait amener l'arrêt du 16-6-1955, *J.C.P.* 1955.II.8851, note Vouin.

(50) Voir à cet égard les différents arrêts rendus sur la base de l'article 105 : *Crim.*, 21 juin 1962, B. 230 ; *Crim.*, 17 octobre 1962, B. 276 ; *Crim.*, 18 décembre 1963, B. 367 ; *Crim.*, 16 juillet 1964, B. n° 239.

(51) Cf. note M.R.M.P., D. 1961.167.

être dangereuse, car elle aboutit en fait à priver l'acte d'instruction de la garantie objective que représente le respect des formes légales.

Les décisions de la Cour de cassation risquent alors d'inciter les magistrats à moins de vigilance pour l'observation des formes destinées à assurer la sincérité de la mission de la justice. Certes, il est des actes qui attentent peu à la liberté individuelle, comme la réception des témoignages. En revanche, d'autres comme les mandats de justice ou les perquisitions sont très graves et doivent se conformer aux dispositions du Code pour attester l'autorité de la justice. Or, en dehors des rares hypothèses où la nullité textuelle est prescrite, tous les actes sans distinction sont soumis au même régime d'annulation, c'est-à-dire que la preuve d'un préjudice doit être rapportée.

Tel que le conçoit la Cour de cassation, ce préjudice doit être important, et il est permis de douter de l'exactitude de cette interprétation. Il est, en effet, possible de se demander si la jurisprudence n'interpole pas le texte de l'article 172 C.P.P. Ce dernier prévoit la nullité « en cas de violation des dispositions substantielles » et la chambre criminelle semble lire que la nullité est encourue en cas de violation sérieuse, donc substantielle, des règles relatives aux actes d'instruction. Au surplus, la finale de l'alinéa premier de l'article 172 paraît avoir absorbé le reste de l'article. En effet, outre la violation des dispositions substantielles, il était prévu que la nullité résulterait de la violation des droits de la défense. Or, l'interprétation jurisprudentielle a érigé en principe la violation des droits de la défense, en sorte que c'est uniquement dans ce cas qu'une irrégularité peut être déclarée « violation d'une disposition substantielle ».

C'est, au demeurant, ce qu'atteste la note M.R.M.P. (52) « Il faut rechercher s'il y a une atteinte sérieuse aux droits des parties. La violation formelle de la loi n'entraîne pas la nullité mais le préjudice qui a pu s'ensuivre. La même irrégularité peut entraîner ou non nullité selon que, eu égard aux circonstances de la cause, elle a ou non porté préjudice. » Mais une telle conception risque d'être trop favorable aux nécessités de la répression et de porter, ainsi, une atteinte aux garanties voulues par le législateur.

889. — Il serait, à tout le moins, nécessaire que le préjudice, condition de la violation des droits de la défense, soit apprécié de manière très large afin d'apporter objectivement une garantie aux justiciables (53).

De même, il conviendrait que la responsabilité des auteurs d'une irrégularité soit engagée. En cas de faute légère d'un magistrat, la res-

(52) Note M.R.M.P., D. 1961.167. Ces auteurs prennent nettement parti en faveur de la réaction sociale sans tenir compte suffisamment des droits de la défense.

(53) Et cela d'autant que des difficultés de preuve relativement à la réalité du préjudice pourront se poser. Il serait nécessaire, à notre avis, de présumer le préjudice en cas d'irrégularité, quitte à détruire cette présomption par les circonstances de fait.

pensabilité de l'Etat devrait être admise par application de la théorie de la faute de service, puisqu'en fait il s'agit d'un mauvais fonctionnement des organes judiciaires répressifs. Pour une faute grave, la procédure de la prise à partie serait possible à l'encontre des magistrats. Est, d'ailleurs, considérée comme faute lourde professionnelle toute irrégularité relative aux actes intéressant la détention des inculpés (art. 136 al. 1 C.P.P.).

890. — Mais l'article 172 C.P.P. en indiquant que la nullité pourra être déclarée « en cas de violation des dispositions du présent titre... et notamment en cas de violation des droits de la défense », laisse supposer que d'autres cas de nullité pourraient être reconnus. Cette disposition tend, à notre avis, à réserver les hypothèses où la nullité ne serait pas de la nature de celles réglementées au Code de procédure pénale. L'article 170 permet aux parties de renoncer à se prévaloir des nullités qui auraient été commises à leur encontre. En outre, l'alinéa 3 de l'article 172 C.P.P. autorise une telle renonciation si la nullité est édictée dans le seul intérêt des parties. Il existe donc d'autres causes de nullité qui ne peuvent être couvertes et qui ne sont pas soumises aux règles de la section X relatives aux nullités de l'information. Cela nous conduit à envisager l'étude du caractère des nullités.

SECTION II

LE CARACTERE DES NULLITES

891. — La recherche du caractère des nullités peut sembler secondaire, comparée à l'étude des hypothèses où la nullité peut être reconnue. En réalité, elle se présente comme beaucoup plus importante, puisque de la réponse à cette question dépendra le mode de réparation. C'est dire l'incidence de ce problème sur le sort de l'action publique. Nous essaierons tout d'abord de déterminer la nature des nullités, avant d'en tirer les conséquences quant au régime des nullités (54).

§ 1. — La nature des nullités (55).

892. — Avant l'intervention de la loi de 1897, la question de la nature des nullités ne s'était pas posée. Toutefois, la Cour de cassation avait été amenée à envisager plusieurs hypothèses, dont l'absence

(54) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1307. Voir les remarques de MM. SOLUS et PERROT, *op. cit.*, I, n° 418.

(55) Cf. GARRAUD, *op. cit.*, T. III, n° 1907 ; BOUZAT, n° 1167.

d'interrogatoire, l'utilisation de procédés déloyaux par un juge d'instruction et l'absence de serment de l'expert.

La chambre criminelle a tout d'abord considéré l'interrogatoire non seulement comme un moyen d'instruction mais aussi comme un moyen de défense (56). Aussi reconnaît-elle que l'absence de cet acte, formalité substantielle, doit entraîner la nullité de la procédure (57). En ce cas, la Cour de cassation estime que l'absence de cet acte constitue une violation grave des droits de la défense, sans toutefois préciser la nature de la nullité.

Il en est de même pour l'utilisation de moyens déloyaux par un juge d'instruction. Dans la célèbre affaire Wilson (58), il n'est connu que la procédure disciplinaire menée devant la Cour de cassation statuant comme Conseil supérieur de la magistrature. Il serait intéressant de connaître ce qui a été décidé sur l'information elle-même. Il est probable qu'un tel dossier d'instruction aurait été déclaré nul pour violation des droits de la défense, mais il n'est pas possible de savoir quelle était la nature de la nullité encourue. Enfin, à propos du serment des experts (59), la jurisprudence a considéré qu'il s'agissait d'une formalité d'ordre public, mais elle a toujours admis que seul l'acte devait être annulé ainsi que les décisions de condamnation qui se fondaient dessus.

C'est l'intervention de la loi du 8 décembre 1897 qui a posé véritablement le problème. Dès la promulgation de ce texte il est apparu qu'il fallait distinguer deux séries de nullité : celle de l'article 1^{er} relative à l'ordre des juridictions qui présente un caractère d'ordre public et toutes les autres qui, intéressant la protection de l'inculpé, sont d'ordre privé (60).

893. — Le Code de procédure pénale n'a nullement précisé le caractère des nullités, aussi importe-t-il de définir les cas où la nullité intéresse l'ordre public et ceux où elle concerne l'intérêt des particuliers.

Cette dernière catégorie comprend toutes les formalités destinées à assurer soit la défense de l'inculpé soit la garantie des citoyens. Il en est ainsi pour les formalités de la première comparution ou celles des interrogatoires puisqu'elles ont pour objet de mettre l'inculpé en mesure de présenter sa défense. Ce sont aussi toutes les formalités destinées à assurer la régularité des opérations. Les règles des perquisitions protègent tout à la fois les citoyens et la bonne exécution d'une saisie : elles figurent dans cette catégorie, et leur violation entraînerait une nullité relative susceptible d'être couverte par la partie à laquelle elle cause préjudice.

(56) Crim., 16-11-1849, D.P. 1850.5.381.

(57) Crim., 21- 3-1873, D.P.1873.I.284 ; Crim., 8-4-1892, D.P. 1893.I.302.

(58) Cass. réunies, 31-1-1888, S. 1889.I.241.

(59) Voir *supra*, n^{os} 830 et ss.

(60) Ainsi Roux, note sous Crim., 4-2-1898, S. 1900.I.157, 1^o.

894. — En revanche, d'autres règles ne concernent pas la protection exclusive de l'inculpé, elles ont trait directement à l'organisation judiciaire et à la compétence. Il en est ainsi de la prescription de l'article 49 C.P.P., reprenant celle de l'article 1^{er} de la loi de 1897. L'interdiction faite au juge d'instruction de participer au jugement des affaires qu'il a instruites a trait à l'organisation judiciaire et il s'agit d'une règle d'ordre public. Il en est de même lorsque l'inculpé est entendu sous la foi du serment. Dans un arrêt du 6 janvier 1923 (61), la Cour de cassation a considéré que cette irrégularité était une nullité d'ordre public à laquelle l'inculpé ne pouvait renoncer.

Dans cette catégorie devrait aussi figurer le fait de n'avoir pas procédé à un interrogatoire au cours de l'instruction, ou bien la violation du principe de la loyauté de l'instruction. Ces irrégularités ont trait aux principes généraux du droit, selon lesquels l'inculpé doit avoir été mis en demeure de présenter ses arguments. Ainsi, l'irrégularité consistant à obtenir des renseignements par des moyens frauduleux est d'ordre public (62). Le juge d'instruction est tenu d'observer les règles régissant son office et ces irrégularités peuvent être rattachées à l'organisation judiciaire, ou aux principes généraux du droit (63).

Le caractère d'ordre public s'attache également aux principes régissant la compétence. Il en est ainsi quand l'instruction est menée non par le juge mais par le procureur de la République (64). Dans cette catégorie, trouve place la question des commissions rogatoires générales. Le juge d'instruction n'étant pas valablement saisi, les actes accomplis sont effectués en violation des règles de compétence comme si le réquisitoire introductif du procureur était entaché de nullité (65).

Il en serait de même si la commission rogatoire était décernée avant la saisine du juge d'instruction (66), ou si son exécution intervenait après le dessaisissement du juge d'instruction (67). Pareillement, il y aurait incompétence si un magistrat procédait à des actes d'instruction sans aucune délégation légale ou judiciaire (68).

895. — Ainsi, deux catégories de nullité existent : la première sanctionne des règles de forme édictées exclusivement dans un intérêt privé, la seconde tend à assurer le respect des règles générales de l'organisation judiciaire.

(61) Crim., 6-1-1923, B. 7 ; S. 1923.I.185, note Roux.

(62) Ainsi Crim., 12-6-1952, B. 153 ; J.C.P. 1952.II.7241, note Brouhot. Voir aussi les remarques de M. MERLE sous Toulouse, 18 déc. 1962, D. 1963, p. 156.

(63) Cf. LEAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », Rev. Sc. Crim., 1953, p. 47.

(64) Voir une application dans trib. corr. Bastia, 14-11-1936, G.P. 1937.I.215.

(65) Ainsi Crim., 4-12-1952, J.C.P. 1953.II.7625, note Chambon, auquel il faut assimiler Crim., 22-1-1953, J.C.P. 1953.II.7456, note Brouhot.

(66) *A contrario* Crim., 26-10-1961, B. 423.

(67) Crim., 24-7-1961, B. 353.

(68) En ce sens Crim., 21-8-1961, B. 362.

En d'autres termes, sont d'ordre privé les prescriptions de pure procédure et sont d'ordre public celles relatives à l'organisation judiciaire ou à la compétence. Le Code de procédure pénale fait une référence indirecte à cette classification des nullités. L'article 170 al. 2 permet à une partie de renoncer à se prévaloir d'une nullité, mais il précise que cette faculté est offerte à « la partie envers laquelle les dispositions des articles 114 et 118 C.P.P. ont été méconnues ». D'autre part, l'alinéa 3 de l'article 172 permet aux parties de renoncer à invoquer des nullités lorsqu'elles ne sont édictées que dans leur seul intérêt. Il en serait donc différemment si la disposition était d'ordre public.

Dans ces conditions, il est permis de considérer que les articles 170 et 172 servent à définir les droits des parties en présence d'une nullité d'ordre privé, les hypothèses de l'article 170 constituant des cas privilégiés. Demeurent en dehors des prévisions du Code les nullités d'ordre public, qui ne peuvent être définies limitativement. Cette constatation permet de penser qu'une nullité d'ordre public pourrait être relevée sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un préjudice, condition qui est exigée pour l'application de l'article 172 (69). L'intérêt de la distinction des différentes causes de nullité ne se limite pas à ce seul effet, l'étude du régime des nullités présente les nombreuses conséquences de cette classification.

§ 2. — Le régime des nullités.

896. — Selon que la nullité est d'ordre public ou privé, de nombreuses différences vont apparaître. Tout d'abord, il convient de savoir qui peut invoquer la nullité, et la nature de la formalité permettra de déterminer le cercle des personnes qui peuvent avoir un intérêt à l'annulation. De même, selon la gravité de l'irrégularité, il sera possible d'autoriser la partie lésée à renoncer au bénéfice de l'annulation. Enfin, le moment auquel peut être présentée une demande d'annulation varie selon le caractère de la nullité.

A. — QUI PEUT INVOQUER LA NULLITÉ.

897. — Si la nullité est d'ordre public, l'une ou l'autre des parties au procès pénal pourra invoquer le vice de la procédure. La juridiction elle-même devrait relever d'office ce moyen, car l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'au plus tôt l'irrégularité soit découverte. En revanche, si la nullité est édictée dans un intérêt privé, seule la personne bénéficiaire de cette protection pourra invoquer l'irrégularité. Puisque la nullité intervient comme moyen de réparer un préjudice, seule la personne ayant éprouvé directement le dommage pourra en demander la réparation.

(69) Voir ainsi Crim., 23 janvier 1964, Bull. Crim., 1964, n° 28, p. 64.

C'est d'ailleurs, de cette manière, qu'a statué la Cour de cassation. Par un arrêt du 7 juillet 1899 (70), elle a refusé à un inculpé le droit de se prévaloir de la violation des droits d'un coïnculpé, ce dernier ayant seul qualité pour se plaindre d'une atteinte apportée à sa libre défense et d'une privation des garanties légales. De même, un civilement responsable ne pourrait invoquer une cause de nullité que la loi avait édictée dans le seul intérêt des prévenus (71).

Le ministère public ne pourrait soulever une telle cause. Il en est différemment si la nullité est d'ordre public car il appartient à toute personne de la soulever, notamment en cas d'incompétence ou de violation des principes généraux de l'instruction.

Sur ce point précis, le Code de procédure pénale comporte une disposition nouvelle. L'article 600 dispose en effet : « Nul ne peut en aucun cas se prévaloir contre la partie poursuivie de la violation ou omission des règles établies pour la défense de celle-ci. » En d'autres termes, seules les nullités d'ordre public peuvent être invoquées par toutes les parties, tandis que les règles établies dans un but purement privé relèvent de la seule appréciation de la personne qui a été lésée par l'inobservation des dispositions protectrices de la loi. En l'absence de toute demande des parties, les juges pourraient d'office constater la violation d'une disposition d'ordre public. La distinction des deux catégories de nullité va influencer également les modalités de la réparation.

B. — LA RÉPARATION DES IRRÉGULARITÉS (72).

898. — La question de savoir si une irrégularité peut être couverte par la renonciation des parties présentait un grand intérêt au lendemain de la loi de 1897. Ce texte, en effet, ne précisait pas si l'inculpé pouvait volontairement ne pas invoquer une cause d'annulation. En présence du grand nombre d'actes susceptibles d'être annulés, l'omission d'une formalité pouvait avoir des conséquences très graves, aussi importait-il de connaître si l'irrégularité pouvait être réparée.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 9 mai 1898 (73) expose le point de vue qui allait être suivi ultérieurement. La nullité était demandée au motif que ni l'ordonnance de soit-communiqué ni l'ordonnance de renvoi n'avaient été notifiées au conseil de l'inculpé. Mais cette demande n'avait pas été présentée devant le tribunal correc-

(70) Crim., 7-7-1899, B. 199 ; S. 1902.I.300. Voir aussi Toulouse, 18 décembre 1962, D. 1963.156, note Merle.

(71) Crim., 13-9-1900, B. 296 ; S. 1902.I.544. Si la nullité est d'ordre public, elle bénéficie à tous les inculpés. Ainsi Riom, 23-11-1960, J.C.P. 1961.II.11952, note Chambon. Voir aussi les observations de M. MERLE (D. 1963.156) tendant à faire reconnaître une nullité d'ordre public pour la réception des témoignages recueillis sous la pression d'un chantage judiciaire. *Adde*, les observations de M. VITU, *op. cit.*, p. 316.

(72) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, II, n° 1309 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 539.

(73) Paris, 9-5-1898, S. 1898.II.196.

tionnel, aussi fut-elle rejetée, mais le problème de la réparation des nullités était abordé. « Considérant que parmi les nullités édictées par la loi du 8 décembre 1897, une seule, celle du jugement auquel a concourru le juge d'instruction d'affaires par lui instruites, est d'ordre public comme touchant à la constitution des juridictions, que les autres qui visent non le jugement mais la procédure et résultent de l'omission de formalités protectrices, il est vrai, mais auxquelles le prévenu peut renoncer, sont d'ordre relatif et peuvent être couvertes par la volonté expresse ou tacite de ce dernier. »

La même position était adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1923 (74), cassant un arrêt de cour d'appel qui avait accepté la régularisation d'une nullité d'ordre public. Une telle nullité ne peut être couverte puisqu'elle entache la procédure d'une nullité absolue. Mais si la nullité est d'ordre privé, les parties peuvent y renoncer. Les droits qui sont accordés par la loi à un inculpé ne sont jamais une obligation, mais une faculté. L'inculpé peut se faire assister d'un conseil mais cette présence n'est pas obligatoire. De même, les avertissements et les communications sont à fournir en fonction du choix d'un conseil. En refusant un défenseur, l'inculpé renonce, de manière générale, aux garanties spéciales de la loi.

899. — Dans ces conditions, il faut admettre que l'inculpé puisse renoncer à invoquer une nullité du moment qu'il a été mis à même d'apprécier l'opportunité de cet acte. Aussi une simple renonciation tacite ne saurait être admise. Il faut que l'intention de l'inculpé soit certaine, et son consentement doit révéler qu'il connaissait l'importance de l'irrégularité commise. En l'absence de texte, la Cour de cassation a admis cette solution, en se référant implicitement au fait que l'inculpé avait la faculté de renoncer aux garanties avant l'exécution de l'acte. Toutefois, contrairement à la position de la cour d'appel de Paris, la renonciation ne doit pas être tacite mais expresse (75). Cette solution est fort sage, car la renonciation tacite aurait pu être induite de faits qui n'auraient pas prouvé, de manière certaine, la volonté de l'inculpé à renoncer au bénéfice d'une voie de droit offerte par la loi.

900. — Le Code de procédure pénale consacre une telle conception des nullités. Selon les articles 170 et 172 C.P.P., la partie dont les droits auront été méconnus a seule qualité pour renoncer à s'en prévaloir. Mais cette faculté ne peut être exercée que dans la mesure où la formalité était destinée à protéger une partie. Si la nullité est d'ordre public, elle n'intéresse pas qu'une seule partie et le juge devrait d'office la prononcer.

(74) *Crim.*, 6-1-1923, B. 7 ; S. 1923.I.185, note Roux.

(75) *Crim.*, 25-6-1898, S. 1900.I.57, note Roux.

C'est ce que révèle une décision de la Cour de Riom rendue le 23 novembre 1960 (76). En l'espèce, la Cour était saisie d'une procédure, sur le renvoi de la Cour de cassation. Soulevant d'office un moyen de nullité d'ordre public, la Cour de Riom constate que la renonciation de l'inculpé à la nullité est nulle et de nul effet, « un inculpé ne pouvant valablement renoncer à se prévaloir de la nullité résultant de la violation du principe qu'un inculpé ne peut pas être entendu sous la foi du serment sur les faits à lui imputés ».

Ainsi, la procédure possédant un tel vice doit être totalement anéantie et recommencée s'il est encore possible. C'est ce qu'admet le Code de procédure pénale en prévoyant les moyens de mettre fin à une irrégularité uniquement dans l'hypothèse où elle lèse un intérêt privé. Mais alors se pose la question de savoir si des distinctions ne vont pas surgir quant au moment où la nullité peut être invoquée.

C. — LE MOMENT AUQUEL DOIT ÊTRE INVOQUÉE LA NULLITÉ.

901. — De nombreuses difficultés se présentent pour trouver une solution satisfaisante à ce problème. D'une part, il est nécessaire de prendre en considération le moment auquel la partie a pu apprendre la cause de nullité. Tant que la procédure demeure secrète à son égard, elle ne peut proposer ce moyen. D'autre part, il importe que la situation soit au plus vite clarifiée, car il est inutile de continuer une procédure susceptible d'être annulée.

En l'absence de toute disposition législative, la jurisprudence eut à définir les droits des parties. Si la cause de nullité est découverte en cours d'instruction, la demande pourra être présentée soit au juge d'instruction soit à la chambre d'accusation selon des modalités que nous examinerons ultérieurement. Mais si la nullité est découverte après la clôture de l'information, il faut savoir si la juridiction de jugement peut en tenir compte. En principe, les juridictions d'instruction et de jugement sont indépendantes les unes à l'égard des autres, car elles n'ont pas été établies de manière hiérarchique (77).

Aussi faut-il distinguer selon que l'instruction est ou non achevée. L'instruction devra être considérée comme achevée lorsque les deux degrés de juridiction se seront prononcés. Cette position a toujours été admise en matière criminelle. L'inculpé a la possibilité d'exercer une voie de recours contre l'arrêt de renvoi d'une chambre d'accusation. Faute par l'inculpé de se pourvoir tous les vices de l'instruction préparatoire se trouvent couverts. L'accusé aurait seulement la faculté de discuter la force probante des pièces soumises aux débats. La chambre criminelle a pu, dans un arrêt du 20 mars 1903 (78)

(76) Riom, 23-11-1960, J.C.P. 1961.II.11952, note Chambon, statuant sur le renvoi de Crim., 25-7-1960, B. 393. Voir toutefois, Toulouse, 18 décembre 1962, D. 1963.156, note Merle.

(77) Cf. *supra*, n°s 571 à 583.

(78) Crim., 20-3-1903, D.P. 1903.I.200. Voir aussi Crim., 4-9-1913, B. 435 ; Crim., 21-7-1926, B. 196 ; Crim., 30-8-1926, S. 1928.I.118.

déclarer que les irrégularités commises au cours de l'instruction quelles qu'elles soient se trouvaient couvertes, même si les nullités soulevées provenaient de l'inobservation des dispositions de la loi de 1897 (79).

Mais si le renvoi est ordonné devant une autre juridiction de jugement, la Cour de cassation a considéré que les dispositions relatives à l'action publique n'étaient pas définitives et que la juridiction de jugement conservait tous pouvoirs (80). Un arrêt du 27 février 1932 (81) manifeste cette tendance en mentionnant que l'arrêt d'accusation ne renfermait aucune décision définitive et que « le tribunal correctionnel appelé à statuer sur la prévention pouvait se prononcer dans la plénitude des pouvoirs attribués par la loi ».

Dans ces conditions, l'inculpé pouvait présenter tous moyens tirés des nullités devant le tribunal correctionnel. Il pouvait même le faire pour la première fois devant la cour d'appel, celle-ci pouvant utiliser le supplément d'information pour redresser la procédure dans l'hypothèse où un acte devait être annulé. L'arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 1898 (82) l'a considéré en annulant l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait admis qu'il y avait eu renonciation tacite à la nullité. Cette solution fut maintenue ultérieurement (83).

902. — La nullité pourrait-elle être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation ? D'une manière générale, cette juridiction ne l'a pas estimé. Par un arrêt du 19 janvier 1901 (84), il a été décidé que les moyens de nullité tirés de la loi de 1897 ne pouvaient pas être soulevés pour la première fois devant la Cour de cassation, lorsqu'ils n'avaient été proposés ni en première instance ni devant la cour d'appel. Ce sont de purs moyens de procédure et aucun élément nouveau, en ce domaine, ne peut être présenté devant la Cour de cassation. Cette position devait être renouvelée ultérieurement (85). Toutefois si les moyens fondés sur la loi de 1897 sont de purs moyens de procédure, il est permis de se demander si la solution ne serait pas différente lorsque la nullité est constituée par la violation d'une règle d'ordre public. Un arrêt du 27 janvier 1899 (86) ne paraît pas faire la distinction. Statuant à propos d'une prétendue violation de l'article 1^{er} de la loi de 1897, l'arrêt estime que la demande devrait être présentée

(79) Ainsi Crim., 31-12-1920, B. 515.

(80) L'arrêt contient des dispositions définitives lorsqu'il réforme une ordonnance de non-lieu : Crim., 8-8-1913, B. 298 ; Crim., 19-1-1922, B. 34 ; Crim., 21-8-1924, B. 331 ; Crim., 19-1-1928, B. 27 ; Crim., 12-2-1931, B. 104.

(81) Crim., 27-2-1932, D.P. 1933.I.127, note Leloir. Voir aussi Crim., 29-4-1927, D.H. 1927.384 ; Crim., 5-1-1935, D.H. 1935.149.

(82) Crim., 25-6-1898, S. 1900.I.57, note Roux.

(83) Ainsi Crim., 20-3-1902, B. 113 ; S. 1903.I.296 ; Crim., 3-4-1903, D.P. 1906.I.455 ; S. 1905.I.541.

(84) Crim., 19-1-1901, D.P. 1901.I.342.

(85) Crim., 8-3-1924, S. 1925.I.380 ; Crim., 30-10-1926, S. 1928.I.38 ; Crim., 21-11-1930, S. 1933.I.160.

(86) Crim., 27-1-1899, B. 4.

devant le juge du fond. Mais cette décision est peu probante car, en l'espèce, la nullité n'aurait pu être reconnue puisque la demande concernait un supplément d'information. Une position analogue est attestée dans un arrêt du 7 mars 1946 (87). Un condamné invoquait devant la Cour de cassation l'irrégularité de la décision qui l'a condamné parce que la juridiction était irrégulièrement composée. En l'espèce, un des membres du tribunal correctionnel avait effectué antérieurement des actes d'instruction et l'article 1^{er} de la loi de 1897 était violé. La chambre criminelle après avoir constaté que le jugement était entaché de la nullité édictée à l'article 12 de la même loi, conclut cependant au rejet. Elle considéra, en effet, que le prévenu n'avait pas satisfait à l'article 2 de la loi du 29 avril 1806 interdisant de présenter comme moyen de cassation « les nullités commises en première instance non opposées devant la cour d'appel, à l'exception de la nullité pour cause d'incompétence ».

Ces décisions paraissent difficilement justifiables car, en ces hypothèses, la Cour de cassation admet que des procédures irrégulières, pour une cause d'ordre public, produisent des effets. Normalement, cette nullité d'ordre public devrait pouvoir être reconnue à quelque stade de la procédure.

Toutefois, ultérieurement, la Cour de cassation a manifesté une position différente. Devant une cour d'assises, un accusé excipa l'irrégularité de la saisie d'un document, en l'espèce la saisie de lettres adressées à son défenseur. Il demanda la distraction, du dossier de la procédure, de cette pièce. La cour d'assises rejeta cette prétention en considérant qu'il s'agissait d'un acte de la procédure antérieure qui devait être tenue pour régulière en l'absence de pourvoi contre l'arrêt de renvoi. L'arrêt de condamnation de la cour d'assises fut attaqué devant la Cour de cassation au motif qu'il y avait eu violation d'un principe d'ordre public protégeant la correspondance échangée avec le défenseur. La chambre criminelle, par un arrêt du 6 mars 1958 (88), fit droit à cette prétention en constatant le caractère d'ordre public de la nullité encourue.

Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. Il reconnaît, tout d'abord, qu'une nullité d'ordre public échappe aux règles normalement admises pour les nullités destinées uniquement à protéger un intérêt privé. D'autre part, il semble indiquer une position plus souple de la Cour de cassation en matière de nullité.

903. — Il est permis, dans ces conditions, de se demander quelle situation résultera de l'application du Code de procédure pénale. Rappelons, tout d'abord, qu'aucun paragraphe spécial n'a trait aux nullités d'ordre public. En revanche, la matière des nullités privées comporte une minutie qui ne figurait pas dans la loi de 1897.

(87) Crim., 7-3-1946, B. 82. Un arrêt du 1-2-1913 (D.P. 1913.I.550) avait pu, en revanche casser l'arrêt, car la cause de nullité avait été invoquée préalablement.

(88) Crim., 6-3-1958, B. 230.

Prenant en considération le caractère provisoire de l'instruction, ainsi que l'indépendance des juridictions d'instruction et de jugement, Le Code de procédure pénale entend limiter la possibilité d'invoquer les nullités de l'instruction à tout moment. Ce souci se manifeste principalement dans les dispositions nouvelles issues de l'ordonnance du 4 juin 1960. Comme antérieurement, il importe de distinguer selon que l'on se trouve en matière criminelle ou en matière correctionnelle et contraventionnelle.

En matière criminelle, la procédure doit obligatoirement être soumise à la chambre d'accusation. Cette juridiction est tenue, aux termes de l'article 206 C.P.P., d'examiner la régularité des procédures qui lui sont soumises (89). Signalons, à ce propos, une modification de la jurisprudence. Antérieurement au Code de procédure pénale, la Cour de cassation considérait qu'il incombait à la chambre d'accusation de relever d'office les nullités prévues textuellement par la loi. C'est ce que manifestait encore un arrêt du 20 août 1955 (90). En l'espèce, un procès-verbal d'interrogatoire ne comportait pas la mention que la procédure avait été mise la veille à la disposition du conseil de l'inculpé. La chambre criminelle censura l'arrêt de la chambre d'accusation, car « il (lui) incombait de redresser ce vice de procédure; faute pour elle de l'avoir fait, elle a violé par défaut d'application, les textes visés au moyen ».

Mais un arrêt du 28 décembre 1959 (91) a adopté une position différente en décidant que l'irrégularité d'un interrogatoire devait être invoquée devant la chambre d'accusation ainsi que tous autres moyens. Cette décision devait être suivie par d'autres témoignant de l'abandon définitif de la position antérieure de la Cour de cassation.

Ainsi, en était-il le 11 mai 1960 (92) où le pourvoi invoquait le motif de l'ancienne jurisprudence, à propos de la nullité d'un interrogatoire. La Cour de cassation refusa de faire droit à la demande en constatant que le moyen n'avait pas été soulevé devant la chambre d'accusation (93).

Il est donc nécessaire pour qu'une nullité soit admise devant la Cour de cassation, qu'elle ait été invoquée devant la chambre d'accusation, car cette décision de la juridiction d'instruction est soumise au contrôle de la Cour suprême. L'article 567 C.P.P. permet de se pourvoir contre l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises.

L'absence de pourvoi contre cet arrêt interdit ultérieurement à l'accusé de présenter une demande de nullité tirée de la procédure

(89) Voir ainsi Paris, 27 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13516, note Chambon.

(90) Crim., 20-8-1955, B. 375. Voir aussi Crim., 22-7-1954, B. 270 ; J.C.P. 1954.II.8351 ; Crim., 12-6-1947, B. 150 ; Crim., 21-12-1944, B. 202 ; Crim., 12-11-1931, B. 252 ; Crim., 19-4-1855, D.P. 1855.I.269.

(91) Crim., 28-12-1959, B. 590.

(92) Crim., 11-5-1960, B. 250.

(93) Voir aussi Crim., 22-6-1960, B. 338 ; Crim., 13-10-1960, B. 448 ; Crim., 18-10-1960, B. 454 ; Crim., 1-12-1960, B. 565 ; Crim., 21-3-1961, B. 191 ; Crim., 12-10-1961, B. 400.

préparatoire. La cour d'assises est tenue de considérer la procédure comme régulière et elle ne pourrait pas constater la nullité d'un acte, à moins qu'il ne s'agisse d'un supplément d'information accompli après l'arrêt de renvoi. L'article 594 C.P.P. dispose qu'en matière criminelle, l'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation devenu définitif, fixe la compétence de la cour d'assises et couvre, s'il en existe, les vices de la procédure antérieure (94).

904. — En matière correctionnelle et de police, la situation a été modifiée. La première rédaction de l'article 174 C.P.P. permettait à toute juridiction correctionnelle ou de police de prononcer la nullité de tous actes, ainsi que de déterminer l'étendue de ce vice. Cette faculté était attribuée quelle que soit la juridiction ayant décidé du renvoi, juge d'instruction ou chambre d'accusation. L'arrêt de cette juridiction n'était pas considéré comme définitif en ce cas. Selon l'article 574 C.P.P. « l'arrêt de la chambre d'accusation portant renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que lorsqu'il statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier ».

Puisque la juridiction de jugement conserve la faculté d'apprécier les actes d'instruction, il est logique qu'aucune voie de recours ne puisse exister en ce cas. Mais une telle situation heurtait les principes juridiques, car elle allait à l'encontre de la séparation des juridictions d'instruction et de jugement. Plusieurs arguments pouvaient être invoqués en faveur d'une limitation de ce pouvoir. D'autre part, si le contrôle peut être concevable lorsque l'instruction est menée à un seul degré, il n'en va pas de même quand la chambre d'accusation a statué. Dans cette hypothèse, une juridiction du premier degré pouvait examiner une procédure jugée conforme par une juridiction d'appel. D'autre part, envisager un contrôle des actes préparatoires, c'est faire une place trop importante aux actes écrits, alors qu'un jugement ne peut se fonder que sur des preuves débattues contradictoirement à l'audience. Or, l'inculpé a toujours la faculté de présenter toutes observations afin de diminuer la force probante d'un document. Une modification des textes devenait nécessaire et tel fut l'objet de l'ordonnance du 4 juin 1960.

905. — Selon l'article 174 al. 2 nouveau, les juridictions correctionnelles ou de police ne peuvent pas prononcer l'annulation des procédures d'instruction lorsque celles-ci leur sont renvoyées par la chambre d'accusation. Cette dernière a donc pour mission de contrôler également toutes les informations qui sont déférées devant elle.

Mais les dispositions relatives au pourvoi en cassation sont demeurées identiques. Si l'arrêt de renvoi a été obtenu à la suite de l'appel

(94) Voir à cet égard Crim., 29 mars 1962, Bull. Crim., 1962, n° 154 et les références citées.

du ministère public ou de la partie civile à l'encontre d'une ordonnance de non-lieu, le pourvoi sera recevable, car la décision contient une disposition définitive à savoir la continuation de la poursuite. A ce propos, toute cause de nullité pourrait être présentée si elle a déjà été invoquée précédemment. Le rejet du pourvoi, comme l'absence de pourvoi couvrira les vices qui pouvaient exister dans l'instruction préparatoire.

Si l'arrêt ne comporte aucune disposition définitive, est-ce à dire que le prévenu ne puisse pas faire valoir sa demande ? Il semble qu'en l'occurrence pourrait être utilisée la procédure nouvelle des articles 570 et 571 C.P.P. relative à l'appréciation de la recevabilité du pourvoi (95). Lorsque les décisions des juridictions de jugement ne mettent pas fin à la procédure, il est possible, cependant, d'adresser une requête au président de la chambre criminelle pour lui demander d'apprécier l'utilité d'un pourvoi immédiat. Cet examen aura lieu en fonction des nécessités d'une bonne administration de la justice ou de l'ordre public. Bien que les textes ne précisent pas la possibilité de recourir à un tel moyen à l'encontre des décisions des chambres d'accusation, la Cour de cassation n'a pas hésité à l'admettre à propos de l'affaire Lacour le 25 juin 1959 (96). Une note M.R.M.P. indique les considérations qui ont amené la chambre criminelle à statuer de cette manière. En réformant cette matière, l'ordonnance du 4 juin 1960 a précisé à l'article 571 C.P.P. al. 7 que cette procédure particulière était applicable aux pourvois formés contre les arrêts préparatoires interlocutoires ou d'instruction rendus par les chambres d'accusation. Il semble qu'il faille comprendre dans cette catégorie les arrêts ordonnant le renvoi devant une juridiction de jugement autre que la cour d'assises. En effet, si l'on envisage les poursuites relatives à l'action publique, ces décisions apparaissent comme des arrêts préparatoires. D'ailleurs, il serait pour le moins étonnant que des actes ne pouvant avoir aucune incidence ultérieure soient susceptibles de recours alors que les décisions les plus graves ne pourraient pas bénéficier de cette garantie.

En ce cas, il faut agir en conformité avec la réglementation de l'article 571 C.P.P., la Cour de cassation ayant déclaré souvent que des demandes formées en dehors des délais de la requête ne sauraient être examinées (97). Ainsi, lorsque l'instruction est menée à deux degrés, la nullité d'un acte doit être invoquée au plus tard devant la chambre d'accusation. C'est ce que rappelle, encore, un arrêt de la chambre criminelle du 12 octobre 1961 (98). Si les griefs n'ont pas

(95) Sur le caractère de cette procédure, voir *Crim.*, 7 juin 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n° 194, p. 401.

(96) *Crim.*, 25-6-1959, D. 1959.449, note M.R.M.P. ; S. 1959.212, note F.L.

(97) Voir ainsi *Crim.*, 6-1-1961, B. 1 ; *Crim.*, 26-1-1961, B. 55 ; *Crim.*, 1-2-1961, B. 62 ; *Crim.*, 31-5-1961, B. 276.

(98) *Crim.*, 12-10-1961, B. 400, D. 62-367. Voir aussi *Crim.*, 22-6-1960, B. 338 ; *Crim.*, 18-10-1960, B. 454 ; *Crim.*, 1-12-1960, B. 565 ; *Crim.*, 21-3-1961, B. 191.

été présentés, il ne serait pas possible de les soulever pour la première fois devant la Cour de cassation.

906. — En toute autre hypothèse, la juridiction correctionnelle ou de police a la possibilité d'examiner la régularité de certains actes. Mais cette possibilité n'est pas offerte à tout moment ni pour tous les actes.

L'article 385 C.P.P. dispose en effet que « les exceptions tirées de la nullité soit de la citation, soit de la procédure antérieure doivent à peine de forclusion, être présentées avant toute défense au fond ». Il importe que dès le début de la procédure de jugement, tous les éléments de contestation relatifs à la procédure préparatoire soient présentés. Aussi, si le prévenu ne soulève pas les causes d'annulation *in limine litis*, il est présumé renoncer tacitement à invoquer l'irrégularité. L'article 174 C.P.P. concernant les pouvoirs de la juridiction de jugement rappelle la prescription de l'article 385 (al. 3 de l'art. 174). Dans ces conditions, il n'est pas possible de présenter une demande d'annulation en cause d'appel. La Cour de cassation a été amenée à casser la décision d'une cour d'appel qui n'avait pas respecté cette règle (99).

907. — Mais les pouvoirs de ces juridictions ne sont pas illimités : ils sont contenus par l'article 174 aux seules hypothèses de la constatation d'une nullité textuelle (art. 170) ou d'une violation de l'article 183 al. 1 relatif aux avis fournis aux conseils des parties. En particulier, l'appréciation d'une atteinte aux droits de la défense ne pourra pas être soumise à ces juridictions, car la défense va pouvoir s'exprimer librement et critiquer les preuves recueillies.

Le 23 février 1961 (100), la Cour de cassation a montré l'étendue des pouvoirs des juridictions correctionnelles, en cassant un arrêt qui n'avait pas tenu compte des nouvelles dispositions de la procédure. L'examen des autres causes de nullité est confié à la Cour de cassation lorsque cette juridiction appréciera la régularité de la procédure, en examinant la procédure de jugement. Cette position est attestée par deux arrêts du 14 avril 1961 et du 14 décembre 1961 (101).

Dans ces deux affaires, le grief invoqué concernait la saisie de documents prétendue irrégulière. Il était soutenu que la saisie était intervenue après une fouille-à-corps, effectuée sans mandat du juge d'instruction. Si la fouille-à-corps doit être assimilée à une perquisition, elle ne peut avoir lieu que dans le cadre d'une information judiciaire ou d'une enquête de flagrant délit. Mais la Cour de cassation rejeta le moyen présenté en constatant qu'il n'y avait pas eu

(99) Crim., 22-11-1961, B. 479 ; J.C.P. 1962.II.12545, note Chambon ; Voir aussi Crim., 14-2-1962, B. n° 94 ; Crim., 11-12-1962, B. 367 ; Crim., 18-12-1962, B. 379 ; Crim., 23-12-1963, B. n° 373 ; Crim., 21-11-1963, B. n° 328 ; Crim., 29-10-1964, Bull. Crim., 1964, n° 281, p. 601 ; Crim., 16-12-1964, Bull. Crim., 1964, n° 340, p. 717 ; Crim., 29-12-1964, Bull. Crim., 1964, n° 349, p. 734.

(100) Crim., 23-2-1961, B. 121 ; D. 1961.288, note M.R.M.P.

(101) Crim., 14-4-1961, B. 199 ; Crim., 14-12-1961, B. 528. Voir aussi Crim., 1-2-1962, J.C.P. 1962.IV.38, B. 75 ; Crim., 14-2-1962, B. 94 ; Crim., 29-10-1964, B. 281.

atteinte aux droits de la défense, puisque les documents saisis avaient été librement débattus. De même, la cour d'appel de Colmar a pu réformer le jugement du tribunal correctionnel de Strasbourg qui avait procédé à l'annulation d'actes par application de l'article 105 C.P.P. (102).

Il pourrait sembler que, dans ce cas, les actes d'instruction ne sont soumis à aucun contrôle de régularité. En réalité, il n'en est rien, car, à ce moment, la Cour de cassation apprécie le respect des formalités, si du moins les parties ont eu la prudence de réserver leurs droits en observant l'article 385 C.P.P. Ce motif a permis le rejet de l'affaire, le 14 avril 1961, tandis que le 14 décembre 1961 la chambre criminelle constatait la régularité de la perquisition, effectuée avec l'accord du demandeur (103).

Ainsi, en matière correctionnelle et de police, la régularité des actes pourra toujours être examinée soit par la chambre d'accusation si cette juridiction se trouve saisie, soit par la juridiction de jugement pour des actes particulièrement essentiels et par la Cour de cassation pour tous les autres. Mais dans tous les cas, le prévenu doit soulever ces moyens *in limine litis*, sinon la Cour de cassation ne pourrait pas les examiner. Il en a été décidé ainsi, à plusieurs reprises à propos du défaut de prestation de serment de l'expert (104).

Il est permis de remarquer que ce système n'est pas pleinement satisfaisant, car il sera très difficile d'obtenir l'annulation d'un acte par la Cour de cassation. Le contrôle de la régularité des actes est bien tardif. Il nous semble qu'il serait nécessaire de revenir sur les réformes apportées par l'ordonnance du 4 juin 1960, en autorisant les tribunaux correctionnels et de police à apprécier la régularité des informations, dans la mesure où elles sont saisies par une ordonnance de renvoi du juge d'instruction. De cette manière, il y aurait toujours un moment auquel un prévenu ou un inculpé pourrait faire valoir tous griefs tirés d'une irrégularité des actes avant d'être jugé.

908. — Mais le système du Code de procédure pénale, relatif au moment auquel doit être invoquée une cause d'annulation ne régit que les nullités édictées dans un pur intérêt privé. Il en serait différemment si le vice constituait une nullité d'ordre public. Déjà avant la promulgation du C.P.P., la Cour de cassation avait admis qu'une nullité d'ordre public puisse échapper aux dispositions relatives à l'autorité de l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises (105).

(102) Colmar, 16-6-1961, D. 1962.329, note Rouyer-Hamery. Voir pour un refus, Toulouse, 18 décembre 1963, D. 1963.156, note Merle, J.C.P. 1963.II.13139, note Chambon.

(103) Voir Crim., 1^{er} février 1962, Bull. Crim., 1962, n° 75 ; Crim., 1^{er} mars 1962, Bull. Crim., 1962, n° 119.

(104) Ainsi Crim., 3-5-1961, B. 230 ; Crim., 14-2-1962 ; J.C.P. 1962.IV.46 et Crim., 28-2-1962, J.C.P. 1962.IV.53.

(105) Cf. *supra*, n° 902 ; Crim., 6-3-1958, B. 230 ; D. 1958.696.

Une solution analogue est encore adoptée depuis la promulgation du Code malgré l'interprétation restrictive des textes par la Cour de cassation.

Déjà, le 23 novembre 1960 (106), la Cour de Riom, saisie d'une affaire sur renvoi de la Cour de cassation, constata une nullité d'ordre public, résultant de l'audition comme témoin d'une personne nommément désignée dans le réquisitoire introductif. Il ne pouvait être question d'invoquer l'article 105 C.P.P. relatif aux inculpations tardives puisque l'information n'était pas ouverte contre inconnu. Dans ces conditions, il s'agissait d'une nullité à laquelle l'inculpé ne pouvait renoncer à se prévaloir et il n'était pas nécessaire qu'elle soit invoquée *in limine litis*. Beaucoup plus intéressants se révèlent deux arrêts rendus par la chambre criminelle, car ils attestent la non-soumission des nullités d'ordre public aux dispositions du Code de procédure pénale.

Le 9 mai 1961 (107), la Cour de cassation considère que l'exception tirée de la violation de la règle *non bis in idem* n'est pas de celles qui doivent conformément à l'article 385 C.P.P. être présentées avant toute défense au fond à peine de forclusion. Cette exception intéresse l'ordre public et peut être invoquée à tout moment. Ainsi, à propos d'une procédure de jugement, la chambre criminelle affirme que les dispositions restrictives du Code ne trouvent pas application quand l'ordre public est intéressé. Le 26 octobre 1961 (108), une attitude analogue est observée à propos d'une irrégularité de l'instruction. En l'espèce, le moyen était invoqué devant un tribunal militaire; mais cette particularité ne saurait atteindre notre raisonnement puisqu'un arrêt du 5 octobre 1961 (109) a reconnu que le tribunal permanent des Forces armées dispose, quant aux nullités de l'instruction, des pouvoirs accordés par l'article 174 C.P.P. aux juridictions correctionnelles. Dans le dossier du 26 octobre 1961, la Cour de cassation a reconnu que le tribunal militaire avait pu valablement répondre à un moyen de nullité d'ordre public. La défense avait présenté des conclusions tendant à constater la régularité de la procédure d'instruction au motif qu'une commission rogatoire aurait été délivrée antérieurement à la signature du réquisitoire introductif. Or, si le tribunal militaire a les mêmes pouvoirs qu'un tribunal correctionnel il ne pouvait examiner cette question qui débordait du cadre de l'article 170 et de l'article 183 al. 1 C.P.P. Le tribunal a, néanmoins, répondu aux conclusions, et la Cour de cassation a approuvé cette décision : « Si la nullité prétendue, étant d'ordre public, a pu être proposée au tribunal militaire, celui-ci a légalement constaté la régularité de la procédure » (110).

(106) Riom, 23-11-1960, J.C.P. 1961.II.11952, note Chambon.

(107) Crim., 9-5-1961, B. 241.

(108) Crim., 26-10-1961, B. 423.

(109) Crim., 5-10-1961, B. 383. Voir aussi Crim., 11 décembre 1962, Bull. Crim., 1962, n° 367, p. 754.

(110) Voir encore Crim., 23-1-1964, Bull. Crim., 1964, n° 28, p. 64 ; Crim., 30-4-

909. — Ainsi, les nullités d'ordre public dérogent au régime général des nullités d'ordre privé; elles peuvent être invoquées à d'autres moments. Eventuellement, elles pourraient être présentées devant la Cour de cassation pour la première fois, sous réserve de l'application de l'article 599 C.P.P. « Le prévenu n'est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités commises en première instance s'il ne les a pas opposées devant la cour d'appel, à l'exception de la nullité pour cause d'incompétence lorsqu'il y a eu appel du ministère public. »

En réalité, cet article ne concerne pas la matière des nullités de l'instruction préparatoire, mais seulement celles relatives à la procédure de jugement. Dans ces conditions, il semble qu'une nullité d'ordre public pourrait être présentée pour la première fois devant la Cour de cassation. C'est, d'ailleurs, de cette manière que la circulaire prise pour l'application du C.P.P. interprète l'article 595 en remarquant qu'il appartiendra à la Cour de cassation de déterminer dans quelle mesure les nullités d'ordre public pourront être invoquées devant la Cour suprême.

Si l'on se réfère à la doctrine de procédure civile, la solution possible ne paraît pas faire de doute. Japiot (111) affirme que les nullités d'ordre public peuvent être invoquées même pour la première fois, au moyen d'un pourvoi en cassation. Si cette solution est acquise en matière civile alors que le litige a trait à des intérêts purement particuliers, ce principe doit s'appliquer en matière de procédure pénale où les intérêts en jeu sont beaucoup plus graves. Ainsi, la Cour de cassation aurait pu relever d'office le vice que la Cour de Riom a constaté. Si elle ne l'a pas fait, c'est parce que son attention n'a pas été attirée sur ce point, car la Cour de cassation n'a pas le don d'infailibilité.

De cette manière, la reconnaissance d'une catégorie de nullités d'ordre public, entraîne de multiples conséquences relativement à la constatation de cette irrégularité et même quant aux suites qu'elle peut avoir sur l'action publique. C'est ce problème particulier qu'il nous faut envisager maintenant.

SECTION III

LA NULLITE ET L'INSTANCE PREPARATOIRE

910. — Si un acte d'instruction n'a pas été mené conformément aux règles légales, il importe qu'au plus tôt ce vice soit constaté car il ne pourra pas servir de moyen de preuve susceptible d'aboutir au prononcé d'une condamnation. Aussi, si l'on se trouve encore au stade de

1964, Bull. Crim., 1964, n° 142, p. 315 et Crim., 16-12-1964, Bull. Crim., n° 339, p. 714, G.P. 31-3-1965, rendu à propos de la prescription.

(111) JAPIOT, « Traité élémentaire de procédure civile », 3^e éd., n° 50, p. 41.

l'instruction préparatoire, il importe que l'acte soit écarté afin, éventuellement, de le réparer. S'il n'est pas possible de le faire, il conviendra alors de déterminer l'étendue de la nullité encourue.

§ 1. — L'autorité chargée de constater la nullité (112).

911. — Cette question est particulièrement importante, car elle permet de savoir si l'action publique peut valablement être poursuivie. De cette manière, des frais de justice pourront être évités. Le Code d'instruction criminelle n'avait rien prévu à cet égard puisqu'il n'envisageait pas le problème des nullités de l'instruction. La notion de droits de la défense ne s'était pas encore faite jour. La procédure préparatoire paraissait comme la continuation de l'ancienne législation royale. Toutefois, s'était dégagée la règle qu'en matière criminelle aucun moyen ne pourrait être présenté une fois l'arrêt de mise en accusation devenu définitif.

L'intervention de la loi du 8 décembre 1897 devait amener un changement dans cette conception. La chambre d'accusation, au rôle jusqu'alors effacé, devenait véritablement une juridiction d'instruction du deuxième degré, rôle que reconnaît formellement le Code de procédure pénale. Au lieu d'apprécier seulement l'opportunité d'une mise en accusation en fonction des charges recueillies (art. 221 C.I.C.), elle est devenue l'organe de régularisation des procédures d'instruction (art. 206 C.P.P.) (113).

Le développement des causes de nullité par la loi de 1897, ainsi que les conséquences susceptibles d'être entraînées ont posé à l'époque un grave problème, car aucun moyen n'était prévu pour réparer une nullité.

912. — Il était certain que le juge d'instruction ne pouvait lui-même reconnaître la nullité d'un acte. D'une part, ce magistrat aurait eu tendance à considérer son œuvre comme parfaite. D'autre part, son appréciation aurait pu faire l'objet de critiques puisqu'il n'avait pas respecté la loi lors de la confection de l'acte. Par ailleurs, la plupart des formalités édictées à peine de nullité concernaient la protection de la défense. Admettre que la procédure ne puisse être recommencée, aurait dépassé le but que le législateur s'était proposé en introduisant une certaine contradiction dans la procédure préparatoire.

Si l'acte avait été accompli par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, un moyen juridique pouvait être utilisé, puisque l'article 60 C.I.C. permettait au juge d'instruction de refaire les actes qui ne lui paraissaient pas complets.

Bien que cette hypothèse soit indiquée à propos du flagrant délit, il convient de remarquer qu'aucun motif primordial ne devait aboutir

(112) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 539 ; BOUZAT et PINATEL, II, n° 1309.

(113) Voir Paris, 27 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13516, note Chambon.

à son exclusion pour notre matière. C'est ainsi que s'est prononcée la chambre criminelle dans un arrêt du 28 juillet 1899 (114). Il est affirmé qu'aucune disposition de loi n'interdit aux juges d'instruction de charger les officiers de police judiciaire qui auraient fait des actes incomplets ou irréguliers de refaire eux-mêmes ces actes. « Par une conséquence nécessaire de l'objet de leurs fonctions et par suite d'ailleurs du paragraphe 2 de l'article 60 C.I.C., les juges d'instruction ont le droit de refaire par eux-mêmes ou par des délégations nouvelles les actes des officiers de police judiciaire qui ont agi sans leurs concours, dans les affaires dont l'instruction leur est ensuite dévolue, lorsque ces actes leur paraissent incomplets ou entachés de vices qui ne permettraient pas de les employer comme éléments d'une procédure régulière; aucune disposition de loi n'interdit aux juges d'instruction de charger les officiers de police judiciaire délégués par eux, qui auraient fait des actes de procédure incomplets ou irréguliers de refaire eux-mêmes les actes. »

913. — Mais aucune solution ne peut être dégagée lorsque les actes irréguliers sont le fait du juge d'instruction. L'inculpé semble posséder une sorte de droit à obtenir le bénéfice de la nullité. On aurait pu penser à l'intervention du ministère public, dont le droit d'appel était admis de manière très large. De cette manière, la chambre d'accusation aurait pu apprécier la régularité des actes. La Cour de cassation n'accepta pas ce mode direct de procéder, ainsi qu'en témoignent deux arrêts.

Le 17 décembre 1898 (115), la saisine directe de la chambre d'accusation devait être déclarée irrégulière. Après une procédure terminée par une ordonnance de non-lieu, et avant de prescrire l'ouverture d'une information sur charges nouvelles, le procureur général présenta une requête à cette juridiction tendant à l'annulation d'un interrogatoire et des actes subséquents. La Cour de cassation considéra qu'il n'était pas possible d'agir de cette manière.

Une conclusion identique devait être dégagée dans l'affaire du 14 avril 1899 (116). Le procureur de la République avait entendu utiliser son droit d'appel pour faire prononcer la nullité d'un interrogatoire. La Cour de cassation rappela que la loi de 1897 n'avait, en rien, modifié les voies de recours ouvertes par l'article 135 contre les ordonnances du juge d'instruction. Dès lors, ni le procureur de la République, ni le procureur général ne possédaient le droit de déférer à la juridiction supérieure des actes isolés d'instruction, comme les interrogatoires des inculpés.

914. — Comprenant qu'aucun moyen n'était possible pour sortir de cette impasse, la Cour de cassation se fit l'interprète de la loi, et

(114) *Crim.*, 28-7-1899, B. 232 ; S. 1902.I.60.

(115) *Crim.*, 17-12-1898, S. 1901.I.153, note Roux.

(116) *Crim.*, 14-4-1899, S. 1901.I.153, note Roux.

même se fit législateur en décrivant le procédé de régularisation des procédures.

La méthode est enseignée dans l'arrêt du 8 décembre 1899 (117), intervenu après délibération en la chambre du conseil. En l'espèce, un juge d'instruction avait spontanément recommencé la procédure, et la chambre d'accusation avait approuvé cette manière. La Cour suprême édicte le principe de l'impossibilité pour le juge d'instruction de reconnaître la nullité des actes atteints d'irrégularités, ou de recommencer spontanément un ou plusieurs de ces actes. Il est affirmé, à ce propos : « le prévenu peut renoncer à se prévaloir de la nullité commise et il peut même avoir intérêt à invoquer les résultats de l'information ». Aussi, le juge d'instruction devait-il, lorsqu'il présumait la réalisation d'une nullité, en avertir l'inculpé pour lui demander s'il entendait se prévaloir de la nullité ou au contraire s'il consentait à y renoncer.

Si l'inculpé y renonce expressément, la nullité se trouve couverte et le juge peut continuer ses investigations. Dans l'hypothèse inverse, le juge devait transmettre la procédure au ministère public au moyen d'une ordonnance de soit-communiqué, dont le procureur pouvait faire appel. La chambre d'accusation valablement saisie pouvait alors statuer et ordonner la suppression du dossier des actes nuls et de la procédure qui a suivi.

915. — Ce mode de constatation des nullités demeura en vigueur aussi longtemps que le Code d'instruction criminelle. En l'absence de tout texte, elle constituait un moyen pratique de remédier à un acte irrégulier. S'agissant de nullités d'ordre privé, il importait de solliciter tout d'abord l'avis de la partie lésée pour savoir ce qu'elle désirait faire. L'inculpé pouvait valablement renoncer à la nullité, puisque, avant l'acte même, elle avait la possibilité de renoncer à l'assistance d'un conseil.

Parfois, il est arrivé que ce soit le conseil dont la convocation n'avait pas été régulière, qui déclare renoncer à se prévaloir de la nullité pouvant en résulter. En pareil cas, la renonciation est valable du moment que l'inculpé est présent au moment même de la renonciation. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 décembre 1938 (118). En l'espèce, le juge avait procédé aux formalités de la première comparution puis avait indiqué à l'inculpé qu'il était libre de ne faire aucune déclaration sans l'assistance d'un conseil. L'inculpé avait tenu à fournir quelques renseignements puis avait sollicité la désignation d'un avocat. L'interrogatoire en présence de ce dernier avait eu lieu dans la soirée du même jour et l'avocat avait proclamé dès le début de l'acte qu'il entendait « renoncer à tous moyens de nullité tirés du défaut de convocation et de mise à sa disposition de la procédure la veille de ce jour ». Ultérieurement, l'inculpé

(117) Crim., 8-12-1899, B. 355; D.P. 1900.I.31; S. 1901.I.153, note Roux.

(118) Crim., 22-12-1938, D.H. 1939.181.

désira tirer profit de cette situation et il soutint à l'appui de son pourvoi en cassation que la renonciation de son défenseur ne pouvait lui être opposée. La chambre criminelle n'admit pas ce motif. En reconnaissant le caractère privé de la nullité, elle déclare qu'il importe peu que cette renonciation émane de l'inculpé lui-même ou qu'elle soit faite en sa présence par l'avocat chargé de sa défense.

916. — Il suffit donc que la partie lésée ait été mise à même de se prononcer sur ses droits. Le procédé juridique suggéré par la Cour de cassation n'était pas sans critique, car il paraît douteux qu'un droit d'appel puisse être exercé à l'encontre d'une ordonnance purement administrative, d'un acte de pure administration de la justice. Toutefois, en raison de son utilité, elle fut souvent employée. Ainsi, un arrêt du 8 mars 1951 (119) manifeste que la chambre d'accusation avait été saisie par l'appel d'une ordonnance de soit-communiqué du juge d'instruction.

L'inculpé ne pouvait être admis, dans ce système, à invoquer lui-même une cause de nullité. En réalité, cela ne pouvait constituer un désavantage pour lui puisqu'il avait la possibilité d'invoquer ce grief devant la juridiction du deuxième degré ou devant la juridiction de jugement. De plus, chaque fois que l'inculpé prétendait qu'une nullité avait été commise, le juge d'instruction cherchait à déterminer la réalité de cette allégation. En cas de doute, il sollicitait l'opinion du ministère public pour qu'ensemble ils puissent apprécier si l'acte était annulable. Si tel était le cas, ou bien en présence d'un doute, ils procédaient selon le mode conseillé par la Cour de cassation pour réparer la nullité.

En cas de rejet de la demande, l'inculpé était mal venu à opposer ce moyen devant une autre juridiction. De cette manière, l'absence de recours direct de l'inculpé ne pouvait ni lui nuire, ni entraîner une prolongation de la détention préventive.

En présence du résultat satisfaisant de ce mécanisme pendant plus d'un demi-siècle, la commission de réforme du Code d'instruction criminelle n'a pas été tentée de le remplacer par un autre. Aussi, le Code de procédure pénale consacre législativement la solution issue de la pratique jurisprudentielle (120). Ces dispositions figurent aux articles 170 et 171 du Code.

917. — Aux termes de l'article 170, la partie envers laquelle les dispositions des articles 114 et 118 C.P.P. ont été méconnues peut renoncer à s'en prévaloir et régulariser ainsi la procédure. Le texte précise que la renonciation doit être expresse (121). Le seul silence de l'inculpé ne pourrait être considéré comme une présomption de renonciation. Pour garantir la sincérité de cette renonciation, la loi a voulu qu'il y ait un témoin officiel. Il serait facile à l'inculpé, sans

(119) Crim., 8-3-1951, J.C.P. 1951.II.6327, note Brouchet.

(120) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 726.

(121) Voir à cet égard Poitiers, 15 janvier 1964, G.P. 1964.I.446.

cette précaution, d'alléguer que le magistrat a exercé une pression morale pour l'inciter à ne pas invoquer la nullité. A cette fin, l'article 170 prévoit que la renonciation sera donnée en la forme des interrogatoires, en présence du conseil ou une fois celui-ci appelé. L'assistance du défenseur permettra à l'inculpé de fournir une renonciation éclairée. L'inculpé saura que, désormais, le vice de la procédure est couvert et qu'aucun grief ne pourra plus être soulevé. Le conseil devra être convoqué pour que le juge puisse obtenir une renonciation valable.

Si l'inculpé n'a pas entendu renoncer à son droit, le juge saisira la chambre d'accusation pour que cette juridiction apprécie la régularité de l'acte présumé erroné. Mais avant de saisir cette juridiction, il sollicitera l'avis du ministère public. Toutefois, la loi n'indique pas de quelle manière la chambre d'accusation sera saisie.

Il semble que l'ancien procédé de l'appel du ministère public à l'encontre d'une ordonnance de soit-communiqué soit désormais éliminé. En effet, l'article 171 mentionne seulement que le juge doit prendre l'avis du procureur de la République. Si l'ancienne pratique était suivie, il faudrait alors obtenir l'accord des deux magistrats pour que cette voie soit mise en œuvre. Or, précisément l'un et l'autre sont totalement indépendants en cette matière.

918. — Il est à penser, dans ces conditions, que le juge d'instruction agira par voie de requête, du genre de celle prévue en matière de restitutions (art. 99). On peut s'étonner de cette apparence gracieuse de la procédure d'annulation, alors que des actes peuvent être déclarés irréguliers. En réalité, il ne peut y avoir de place pour un élément contentieux : l'inculpé a déjà manifesté son opinion sur cette question puisque le juge l'a averti de l'irrégularité procédurale. Quant au fond même de la question, il est possible d'affirmer qu'il s'agit de la constatation d'une nullité pré-existante. La chambre d'accusation va déclarer l'existence de la nullité sans exercer de pouvoir proprement juridictionnel.

Cela est d'autant plus vrai que la saisine de la chambre d'accusation n'est pas réservée exclusivement au juge d'instruction. Le procureur de la République peut solliciter de la chambre d'accusation qu'elle prononce la nullité d'un acte. L'article 171 al. 2 autorise un tel moyen : le procureur de la République, en ce cas, demande au juge d'instruction que lui soit communiquée la procédure, puis il adressera une requête aux fins d'annulation des actes qui lui paraissent viciés.

Le Code de procédure pénale a laissé ces deux magistrats maîtres d'apprécier l'opportunité d'un contrôle immédiat des actes de l'instruction. Par rapport à la situation précédente, il est apporté une véritable indépendance au juge d'instruction qui n'est pas tenu d'attendre l'action du ministère public. L'indépendance de la juridiction du juge d'instruction se manifeste même dans le domaine du contrôle, en cours d'instance, de la régularité des actes d'instruction.

919. — Mais l'inculpé n'a aucune part dans la mise en œuvre d'une telle voie. Peut-être a-t-il été craint qu'il ne soit tenté d'abuser de cette procédure. Certes, le dossier est établi en double exemplaire et l'on ne saurait invoquer qu'il puisse résulter un retard dans l'examen de la procédure. Il importe, cependant, que le droit de critique ne soit pas exercé à tout instant, ce qui risquerait, en définitive, de perturber gravement le déroulement de la procédure. D'ailleurs l'instruction est essentiellement provisoire et l'inculpé dispose toujours d'un moment pour présenter ses griefs à l'égard des moyens de preuve retenus (122).

Un inculpé a cependant tenté de tourner l'absence de disposition législative expresse. Il avait présenté au juge d'instruction des conclusions tendant à ce que la procédure soit transmise à la chambre d'accusation en vue de l'annulation de certains actes. Le magistrat instructeur avait, par ordonnance, rejeté ces conclusions en déclarant qu'il n'y avait lieu, en l'état, à saisir la chambre d'accusation. L'inculpé interjeta appel. La chambre d'accusation déclara l'appel recevable mais le rejeta au fond en confirmant l'ordonnance du juge d'instruction. La Cour de cassation ne manqua pas de censurer cet arrêt, le 5 mai 1960 (123), qui avait déclaré l'appel recevable, alors que l'acte attaqué ne figurait pas parmi ceux donnant ouverture au droit d'appel de l'inculpé. Dans ces conditions, il n'appartenait pas à la chambre d'accusation de statuer au fond.

920. — Mais si les parties privées ne peuvent directement obtenir la saisine de la chambre d'accusation, peut-être pourraient-elles présenter leur requête indirectement, lorsque le droit d'appel leur est formellement reconnu.

Le plus souvent, cette hypothèse se présente lorsque l'inculpé insatisfait de la détention préventive fait appel d'une ordonnance la prolongeant ou de celle refusant une mise en liberté provisoire. Se fondant sur l'article 206 C.P.P. prescrivant à la chambre d'accusation d'examiner la régularité des procédures qui lui sont soumises, des plaideurs sollicitèrent la chambre d'accusation de prononcer la nullité de certains actes.

Certaines juridictions reconnurent que cette procédure ne pouvait être utilisée, car l'appel est limité par l'effet dévolutif. A propos de la décision frappée d'appel, la chambre d'accusation ne peut envisager la régularité d'actes qui demeurent dans la saisine du juge d'instruction. D'autres, en revanche, déclarèrent la demande recevable, mais rejetèrent les prétentions au fond. Par un arrêt du 2 novembre

(122) Ce moment peut être soit l'instance devant la Chambre d'accusation lorsque la procédure est menée à deux degrés, soit *in limine litis* devant la juridiction de jugement, sous réserve des nullités d'ordre public qui peuvent être invoquées à tout moment de la procédure.

(123) Crim., 5- 5-1960, B. 243 ; D. 1961.581, note M.R.M.P. Voir aussi Crim., 16 mai 1962, J.C.P. 1962.II.12808 ; Crim., 15 nov. 1963, J.C.P. 1963.II.13124.

1960 (124), la chambre criminelle approuve une cour d'appel qui s'était refusée à examiner les moyens relatifs à de prétendues nullités de forme affectant certains actes, alors qu'elle était saisie d'une ordonnance concernant la recevabilité de l'action d'une partie civile. Il est constaté, d'ailleurs, que les inculpés conservent l'entière possibilité de faire valoir ultérieurement tous moyens tirés des nullités de la procédure d'instruction.

Une pléiade d'arrêts, rendus en 1961, atteste le caractère définitif de cette solution. Il est déclaré que les dispositions de l'article 186 C.P.P. autorisant l'inculpé à relever appel de certains actes sont limitatives. Les inculpés ne sauraient s'autoriser pour faire juger à l'occasion d'une de ces procédures spéciales des fins de non-recevoir étrangères à son unique objet, comme de faire contrôler à l'occasion d'un appel en matière de détention préventive la régularité d'actes n'intéressant en rien la détention de l'inculpé (125). Un arrêt du 31 octobre 1961 (126) a cassé la décision d'une chambre d'accusation qui avait statué au fond au lieu de déclarer la demande irrecevable.

Et même, l'inculpé ne serait pas admis à présenter des observations lorsque la chambre d'accusation procède à un examen de la régularité des actes à la suite de la requête émanée du ministère public. S'agissant d'une procédure exceptionnelle et dérogatoire, l'intervention de l'inculpé n'est pas autorisée. Telle est la solution adoptée par la chambre criminelle le 16 mai 1962 (127).

Pour critiquables que soient ces décisions, la jurisprudence paraît, néanmoins, résolue à une interprétation restrictive des textes relatifs aux nullités. Ainsi l'irrégularité d'un acte doit-elle être reconnue selon les conditions prévues au Code de procédure pénale, tout autre moyen ingénieux devant être écarté. S'il advient, cependant, qu'une nullité soit constatée, il importe de définir les conséquences de cette irrégularité pour savoir quels actes sont réguliers et peuvent servir de preuve.

§ 2. — La détermination de l'étendue de la nullité (128).

921. — En procédure civile deux sortes de nullité sont considérées : celles générales et celles individuelles. La nullité générale a pour effet de mettre à néant toute la procédure, aussi bien celle postérieure à l'acte nul que celle antérieure. Devant un effet aussi considérable, on conçoit que le domaine de ces nullités soit minutieusement

(124) Crim., 2-11-1960, B. 496 ; D. 1961.581, note M.R.M.P.

(125) Crim., 6-1-1961, B. 1 et B. 6 ; Crim., 26-1-1961, B. 55 ; Crim., 1-2-1961, B. 62 ; Crim., 31-5-1961, B. 276. Voir aussi la note M.R.M.P., D. 1961.581.

(126) Crim., 31-10-1961, B. 432 ; D. 1962, som. 27.

(127) Crim., 16-5-1962, J.C.P. 1962.IV.90 et II.12808, Chambon. Voir toutefois Paris, 27 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13516 et Poitiers, 15 janvier 1964, G.P. 1964.I.446 qui paraissent adopter une solution différente.

(128) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 540 ; VOUIN, « La preuve obtenue par des moyens illégaux », Rec. Droit Pénal, 1955, p. 337.

délimité. Le plus souvent, la nullité est individuelle et elle n'atteint que le seul acte nul, ainsi que tout ce qui en est la conséquence.

Le Code d'instruction criminelle n'ayant rien précisé en cette matière, la jurisprudence a été amenée à déterminer les effets de la reconnaissance d'un acte nul. Elle a tout d'abord été appelée à statuer à propos des expertises dont l'expert n'avait pas prêté le serment préalable. Le serment est nécessaire pour imprimer à cet acte le caractère judiciaire et pour assurer les parties de l'impartialité des résultats qui seront obtenus. En l'absence du serment, la Cour de cassation a déclaré cet acte nul, ainsi que toutes les décisions qui prenaient appui sur lui. Ainsi, le 8 avril 1847 (129), la chambre criminelle reconnaissait la nullité d'une expertise, ainsi que celle d'un arrêt de la cour d'assises qui se fondait sur cet acte. Cette situation devait être poursuivie tout au long de l'application du Code d'instruction criminelle (130). Cette solution est logique, car ce qui découle d'un acte nul ne peut être régulier : le fondement manque et l'édifice ne peut tenir.

922. — La loi du 8 décembre 1897 introduisit une conséquence nouvelle de la nullité des actes. Dans le dessein d'assurer le respect des prescriptions qui étaient édictées, l'article 12 de la loi spécifia que certaines dispositions devaient être observées à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure.

Désormais, deux sortes d'effets peuvent découler d'une irrégularité : ou bien la procédure demeure valable à l'exception de l'acte entaché d'un vice et de tout ce qui en est la conséquence directe, ou bien à partir de l'acte nul, toute la procédure est caduque et viciée sans rechercher si l'acte a pu avoir une incidence. En raison du caractère exceptionnel de cette dernière disposition, la Cour de cassation s'est bornée à en limiter l'application aux seules hypothèses indiquées par la loi.

Ainsi, entraînaient l'annulation de toute la procédure le fait, pour un juge d'instruction, de participer au jugement de la même affaire, l'absence de mentions sur le procès-verbal d'interrogatoire de la première comparution prouvant l'accomplissement des formalités légales, l'absence de convocation du conseil aux interrogatoires, la non-mise à sa disposition de la procédure et l'absence d'avertissement au conseil des ordonnances juridictionnelles du juge d'instruction.

Cette grave sanction est encourue chaque fois qu'il ne résultera pas de l'acte lui-même la preuve de l'exécution des formalités. Aucune autre preuve ne serait admise. C'est ce que révèle un arrêt du 1^{er} mai 1924 (131). En l'espèce, il manquait la constatation à l'acte de l'accomplissement de la règle de l'article 10 al. 1^{er}. Au cours de la procédure devant la chambre d'accusation, ce vice devait être relevé. Pour éviter la conséquence de la nullité de l'acte, le juge d'instruction et le greffier avaient fourni des attestations certifiant qu'il avait été satisfait

(129) *Crim.*, 8-4-1847, D.P. 1847.4.439.

(130) Voir ainsi *Crim.*, 22-5-1959, B. 266.

(131) *Crim.*, 1-5-1924, B. 182 ; S. 1924.I.187.

au vœu de la loi. La Cour de cassation n'admit pas ce mode de procéder, car la constatation de la régularité de l'acte n'émanait pas de la procédure : « La formalité doit être constatée au cours de l'instruction, faute de quoi cette formalité est censée avoir été omise » (132).

De cette manière, la loi a entendu protéger efficacement les droits offerts à l'inculpé, tout en incitant les magistrats à une plus grande exactitude dans l'exercice de leur office.

923. — En toute autre matière, l'acte seul doit être annulé. Ainsi, une expertise qui n'aurait donné aucun résultat ne pourrait avoir pour effet d'entraîner la nullité de l'ordonnance de clôture ou de l'arrêt de renvoi. A l'inverse, chaque fois qu'une charge peut être déduite de cet acte, la nullité de la décision ultérieure sur l'action publique doit être reconnue.

C'est ainsi qu'a statué la chambre criminelle dans un arrêt du 14 février 1907 (133). En l'espèce, il s'agissait d'une expertise dont la prestation de serment de l'expert ne pouvait être prouvée. Après avoir constaté ce vice, la Cour de cassation a décidé de prononcer la nullité de l'acte renvoyant devant la juridiction de jugement, ainsi que du jugement intervenu. Ultérieurement, M. Hugueney considéra que ce faisant, la Cour suprême avait constaté une nullité s'étendant à la procédure subséquente. En réalité, il n'en est rien : conformément à sa jurisprudence, la Cour annule l'acte et les décisions qui prennent appui sur ses constatations. Si le juge n'avait pas formé sa conviction sur cet acte nul, il en aurait été différemment.

Cette doctrine est reprise dans un arrêt de la chambre criminelle du 23 juin 1921 (134). Une expertise avait été ordonnée par un juge d'instruction, mais aucune mention régulière de la prestation du serment ne figurait au dossier. Il fut alors décidé qu'« il incombait à la chambre d'accusation de prononcer la nullité de l'expertise; que cette nullité ne saurait, toutefois, vicier la procédure à l'exception de l'arrêt attaqué et qu'il appartiendra à la Cour de renvoi soit de statuer sans tenir compte de l'expertise, soit d'ordonner avant dire droit, toutes mesures d'instruction qui lui paraîtront nécessaire ». Une motivation analogue était formulée dans un arrêt du 10 mars 1927 (135).

924. — Seul, l'acte entaché d'irrégularité doit être écarté du dossier de la procédure, ainsi que les conséquences nécessaires de cette reconnaissance. C'est ce que démontre encore la matière des perquisitions irrégulières. La situation se présente généralement de cette manière : un officier de police judiciaire, sans mandat de juge d'instruction, se présente pour effectuer une perquisition. Ignorant qu'il n'est pas tenu d'accéder au désir de l'officier de police judiciaire, le maître des lieux laisse la fouille s'effectuer. En cas de découverte d'un

(132) Voir *supra*, n° 877.

(133) *Crim.*, 14-2-1907, S. 1910.I.468.

(134) *Crim.*, 23-6-1921, S. 1922.I.96.

(135) *Crim.*, 10-3-1927, S. 1929.I.318. Voir aussi *Crim.*, 3 mars 1964, *Bull. Crim.*, 1964, n° 79, p. 182.

objet suspect, le policier procède à sa saisie. A ce moment, des aveux sont passés, puisqu'il n'est plus possible de nier l'évidence.

Or, cette perquisition est manifestement nulle : il ne peut s'agir d'un acte d'instruction puisque le juge d'instruction n'est pas saisi et n'a pas délégué ses pouvoirs; il ne peut être non plus question d'un acte de police judiciaire puisqu'il n'y a ni infraction flagrante, ni consentement de l'intéressé. Dans ces conditions, quel va être le sort des aveux fournis ?

On peut considérer que la perquisition illégale ne peut avoir aucune incidence sur le sort d'aveux passés ultérieurement. Seule la perquisition est nulle, mais les aveux ultérieurs demeurent (136). L'acte nul n'entraîne aucune conséquence sur la procédure subséquente (137).

Mais l'application de la loi de 1897 a pu parfois fausser la conception des juridictions, qui, en découvrant une nullité, ont jugé parfois nécessaire de l'étendre à toute la procédure ultérieure. Aussi les aveux obtenus à la suite d'un acte nul ne sauraient être validés. La nullité de l'acte entraîne comme conséquence l'irrégularité des aveux passés (138).

925. — En réalité, les juges du fond sont souverains pour apprécier le lien unissant deux actes de la procédure. Ils ont donc à déterminer l'étendue de la nullité d'un acte, en fonction du lien de causalité existant. Ils ne peuvent déclarer systématiquement la nullité de toute la procédure. C'est ce que reflète la position de la Cour de cassation.

Dans une affaire qui lui était soumise le 27 décembre 1935 (139), une perquisition avait été effectuée par des gendarmes, en l'absence de tout mandat. Ultérieurement, l'inculpé avait avoué d'abord devant le juge d'instruction puis au cours de la procédure de jugement. La cour d'appel avait annulé toute la procédure au motif que la poursuite reposait sur des actes illégaux. La Cour de cassation a censuré une telle décision, en affirmant que « si les procès-verbaux dressés dans les circonstances ci-dessus relatées ne pouvaient faire preuve en justice, leur nullité ainsi que celle de la perquisition et des saisies était sans influence sur la validité de la poursuite et n'interdisait pas au juge de tenir compte de tous éléments de preuve indépendants des actes irréguliers, notamment d'aveux postérieurs du prévenu ».

Quelques jours après, la Cour suprême devait formuler le même principe. Le 2 janvier 1936 (140), elle annula dans l'intérêt de la loi, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé la nullité de toute la procédure après une perquisition irrégulière. « Attendu que les nulli-

(136) Ainsi Crim., 29-7-1926, B. 198 ; Crim., 12-5-1934, D.H. 1934.334. *Adde* : Caen, 2-8-1876, D.P. 1878.I.181 ; Paris, 28-7-1925, D.P. 1926.II.49, note Nast.

(137) Ainsi GARRAUD, III, n° 1098.

(138) Crim., 15-12-1928, B. 308 ; S. 1930.I.236 ; Paris, 29-4-1910, S. 1910.II.316 ; Nîmes, 25-10-1928, D.P. 1929.II.46 ; Paris, 24-1-1952, S. 1952.II.93 ; VOUIN, Rec. Droit Pénal, 1955, p. 337.

(139) Crim., 27-12-1935, D.P. 1936.I.20, note Mimin.

(140) Crim., 2-1-1936, S. 1937.I.73, note Hugueney.

tés ne se présument point, que l'article 87 C.I.C. ne prévoit pas la nullité de la procédure engagée ou continuée après une perquisition irrégulièrement accomplie », il appartenait, dans ces conditions, à la Cour d'apprécier la valeur probatoire des actes ultérieurs.

926. — Cette tendance à une appréciation stricte des effets d'une nullité est constatée dans un arrêt de la chambre criminelle du 8 mars 1951 (141). En l'espèce, des pièces avaient été jointes à un dossier par le juge d'instruction : deux rapports d'audition de témoins sur commission rogatoire. Les avocats de la défense considérèrent qu'il y avait eu là une atteinte aux droits de la défense; ils déposèrent en conséquence des conclusions devant le juge d'instruction et à la suite de l'appel du ministère public à l'encontre d'une ordonnance de soit-communié, la chambre d'accusation décida que la procédure devait être annulée après cet acte.

La Cour de cassation n'approuva pas, sur ce point, l'arrêt de la chambre d'accusation. Elle estima, en effet, que la loi de 1897 vise uniquement la procédure menée devant le juge d'instruction et ne peut être étendue au-delà. Mais comme la jonction des procédures n'était pas indiquée à ce texte, il n'était pas possible de la sanctionner par la nullité de la procédure subséquente.

De même, le 22 janvier 1953 (142), la chambre criminelle constate l'irrégularité d'une commission rogatoire, et étend la nullité à tous les actes qui avaient été accomplis pour son exécution. Ainsi l'acte irrégulier est annulé ainsi que ses conséquences nécessaires. Il en était différemment lorsque la nullité provenait des dispositions formelles de l'article 12 de la loi de 1897.

A cet égard, il importe de noter qu'aucune distinction ne devait être faite selon la nature de la nullité, puisque des nullités d'ordre privé pouvaient vicier toute la procédure ultérieure, tandis que des nullités d'ordre public n'entraînaient que l'irrégularité d'un acte. En réalité, tout dépend du vice et des suites qu'il a pu entraîner sur la procédure. Il appartenait aux juridictions chargées de constater l'irrégularité de l'acte de définir avec précision les conséquences découlant de leurs observations. Comme l'exprimait M. Huguency, « les nullités sont un fléau qu'il importe d'endiguer » (143). Cette attitude est révélée par le Code de procédure pénale (144).

927. — Le domaine des nullités textuelles se trouve réduit et les cas où la nullité doit atteindre la procédure ultérieure sont limités. L'article 170 al. 1 dispose que « les dispositions prescrites aux articles 114 et 118 doivent être observées à peine de nullité tant de l'acte lui-même que de la procédure ultérieure ». Il s'agit, désormais, de faire

(140) *Crim.*, 8-3-1951, J.C.P. 1951.II.6327, note Brouhot. Voir aussi *Crim.*, 22 mai 1957, B. 438.

(142) *Crim.*, 22-1-1953, J.C.P. 1953.II.7456, note Brouhot. Voir aussi *Paris*, 24-1-1952, S. 1952.II.93 et les réquisitions de M. COMBALDIEU.

(143) Note au S. 1937.I.73.

(144) STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 727.

respecter les règles de la première comparution et des interrogatoires (145). A notre avis, il est possible de justifier l'extension de la nullité à la procédure ultérieure en cette hypothèse.

Si l'acte de la première comparution n'est pas régulier, l'interrogatoire ultérieur n'est pas valable puisqu'il n'existe pas de première comparution. L'irrégularité du premier interrogatoire entraîne la nullité des autres interrogatoires. Dans ces conditions, aucun interrogatoire n'ayant été mené, il y a une irrégularité de procédure telle que la nullité doit être prescrite depuis le premier acte nul.

D'une manière plus générale, chaque acte irrégulier entraîne la nullité, parce que l'interrogatoire a pu fournir des éléments défavorables à l'inculpé. Aussi est-ce à lui seul d'apprécier si le juge n'a pas été influencé par les déclarations reçues : la renonciation à se prévaloir d'une telle nullité manifeste que l'inculpé a jugé que l'acte ne lui portait pas atteinte.

Cette justification n'est, en réalité, valable que dans l'hypothèse où l'irrégularité a été commise lors de l'audition de l'inculpé. En revanche, est difficilement justiciable l'extension à toute la procédure ultérieure de la nullité commise lors de l'audition de la partie civile. Le fond du procès n'est pas directement intéressé puisque la partie civile demande seulement la réparation du préjudice subi, qu'elle aurait d'ailleurs pu obtenir par la voie civile. Il importerait de laisser, en ce domaine, le juge maître d'apprécier l'étendue de la nullité comme c'est le cas pour l'inobservation de toute autre règle.

928. — L'article 172 al. 2 C.P.P. dispose, en effet : « La chambre d'accusation décide si l'annulation doit être limitée à l'acte vicié ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure. » L'alinéa 2 de l'article 206 rappelle l'étendue de ce pouvoir d'annulation. La chambre d'accusation aura, donc, à délimiter de manière exacte la portée d'un vice affectant un acte d'instruction (146).

Ce même pouvoir était accordé aux tribunaux correctionnels et de police par l'article 174 C.P.P. Ces juridictions pouvaient prononcer l'annulation des actes irréguliers et apprécier la portée de l'irrégularité. L'ordonnance du 4 juin 1960 a limité cette attribution uniquement à ce qui a trait à la régularité du titre de leur saisine. En effet, elles ont qualité pour constater la violation des dispositions de l'article 170 C.P.P. En ce cas, la procédure subséquente est nulle et en particulier l'acte du juge ordonnant le renvoi. Il en est de même lorsqu'une ordonnance de renvoi n'a pas été notifiée aux conseils des parties (art. 183 al. 1). La saisine de la juridiction de jugement ne s'est pas effectuée de manière régulière. Désormais, ces juridictions de jugement peuvent seulement constater l'inexistence de leur saisine, mais elles ne pourraient pas écarter certains éléments de preuve, à moins

(145) Voir à cet égard Crim., 27 février 1963, Bull. Crim., 1963, n° 96, obs. Robert, Rev. Sc. Crim., 1963, p. 568.

(146) Voir ainsi Douai, 12 décembre 1962, G.P. 1963.I.407. Voir aussi Crim., 15 nov. 1962, Rec. Dt Pénal 1964, p. 25.

que la nullité les affectant soit d'ordre public. En revanche, elles ont toute liberté pour apprécier la valeur probante des documents réunis au cours de l'instruction.

D'un arrêt du 4 mai 1961 (147), il est possible de déduire que la nullité doit être appréciée de manière stricte et frapper uniquement les actes irréguliers et leurs conséquences. Dans cette affaire, il était soutenu devant la Cour de cassation que l'irrégularité de la détention préventive devait entraîner la nullité de toute la procédure d'instruction. La Cour suprême n'admit pas ce moyen en constatant que l'irrégularité relative aux conditions du maintien en détention préventive « n'affecte pas la procédure d'instruction proprement dite et ne saurait en entraîner par elle-même la nullité, alors qu'il n'est pas démontré ni même allégué que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement ». Pour regrettable que soit cette irrégularité, elle n'avait pu vicier d'autres actes de la procédure, puisqu'il n'était pas établi de lien de causalité entre eux.

En définitive, la conséquence d'une irrégularité doit être appréciée en fonction du rapport qui unit l'acte annulé à d'autres actes ou à l'ensemble de la procédure (148). Il ne pourrait être prétendu qu'une partie d'un acte irrégulier puisse subsister, du moment que les opérations qu'il relate sont liées de manière indivisible. Les juges sont tenus de constater l'existence de ce lien pour justifier leur décision d'annulation. Mais si les actes sont déclarés nuls, il importe de déterminer leur sort (149).

929. — En l'absence de toute disposition législative, la jurisprudence avait été amenée à statuer sur ce point. Un arrêt du 8 décembre 1899 (150) indiquait qu'il appartenait « à la chambre d'accusation de statuer et d'ordonner la suppression du dossier des actes déclarés nuls et de la procédure qui les a suivis ». Cette décision était considérée comme sage, car l'annulation risquait d'être illusoire si l'acte irrégulier demeurait au dossier. Rien n'empêcherait au cours de la procédure de jugement d'en avoir connaissance et ainsi un acte nul pourrait servir à étayer la conviction d'un juge.

Mais la Cour de cassation devait revenir sur cette prudente réserve : Par un arrêt du 22 juin 1905 (151), elle affirme que « l'annulation prononcée n'a pour effet que d'obliger les juges à considérer les pièces annulées comme inexistantes et de leur interdire d'en faire état, aucune disposition de loi ne prescrit de supprimer les pièces de la procédure annulée ».

Cet arrêt a été justifié par le fait matériel que les pièces sont répertoriées et cotées les unes à la suite des autres et que leur suppression

(147) Crim., 4-5-1961, B. 237. Voir aussi Crim., 4 juin 1964, Bull. Crim., 1964, n° 192, p. 413.

(148) Voir ainsi Crim., 7 mars 1962, B. 121 ; Crim., 3 mars 1964, Bull. Crim., 1964, n° 79, p. 182 ; Crim., 3-12-1964, Bull. Crim., 1964, n° 326, p. 688.

(149) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, II, n° 541.

(150) Crim., 8-12-1899, B. 355 ; D.P. 1900.I.31.

(151) Crim., 22-6-1905, S. 1908.I.205 ; D.P. 1909.I.431.

laisserait penser que la procédure n'est pas complète. Aussi, estima-t-on préférable de maintenir au dossier son intégralité en y laissant figurer des pièces qui ne devaient pas être utilisées.

En réalité, cet argument n'est pas très convaincant et la solution préconisée est dangereuse. Les magistrats auront tendance à y puiser quelques renseignements qui influenceront leur conviction. Dans un système de preuve morale, il est évident que la régularité des actes importera peu pour fonder une intime conviction. La Cour de cassation a ainsi laissé à l'honneur des magistrats le soin de ne pas tenir compte de ces documents. Malgré les dangers, cette manière de procéder demeura tout au long de l'application du Code d'instruction criminelle, ainsi qu'en témoigne un arrêt du 28 décembre 1959 (152).

Le pourvoi soutenait qu'à l'audience d'une cour d'assises, le Président avait lu en vertu de son pouvoir discrétionnaire des dépositions contenues dans des procès-verbaux appartenant à une procédure d'information précédemment annulée et qu'ainsi les droits de la défense avaient été violés.

La Cour suprême rejeta la demande en remarquant d'une part que le Président avait donné connaissance des documents en vertu de son pouvoir discrétionnaire et à titre de renseignements, et d'autre part qu'à l'époque où la Cour avait statué « aucune disposition de loi n'obligeait à retenir d'une procédure les pièces ayant fait l'objet d'une décision d'annulation ».

930. — C'est, en effet, le Code de procédure pénale qui a édicté une nouvelle mesure en la matière. L'article 173 C.P.P. dispose à cet égard : « Les actes annulés sont retirés du dossier d'information et classés au greffe de la cour d'appel. Il est interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties au débat, à peine de forfaiture pour les magistrats, et de poursuites devant leurs chambres de discipline pour les défenseurs. »

Ainsi, le danger que des actes annulés puissent servir à former la conviction des membres d'une juridiction de jugement, se trouve en partie écartée. Si ce vice se présentait, il appartiendrait soit à la juridiction supérieure, soit à la Cour de cassation d'apprécier si les droits de la défense ont pu être atteints. En spécifiant qu'aucun élément ne doit être utilisé contre les parties, l'article 173 fait application en l'hypothèse de la théorie des nullités substantielles.

Si l'article 173 était violé, il n'en résulterait pas nécessairement une nullité de la procédure, mais seulement des sanctions d'ordre pénal et d'ordre disciplinaire à l'encontre de ceux qui auraient permis cette irrégularité.

931. — Mais cette disposition de l'article 173 ne trouve application que pour les seules procédures judiciaires dont l'irrégularité est constatée. Elle ne pourrait pas concerner les interdictions formulées dans les lois d'amnistie. Ainsi, la loi du 31 juillet 1959 portant amnis-

tie, prévoyait dans son article 23 l'interdiction pour tout magistrat ou fonctionnaire de laisser subsister les condamnations, peines disciplinaires et déchéances effacées par l'amnistie. Déjà, le 15 juin 1960 (153), la Cour de cassation s'était montrée réticente pour l'application de cet article. En réalité, d'ailleurs, l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises mentionnait une condamnation antérieure de l'accusé, que celui-ci prétendait couverte par l'amnistie et il avait été facile à la chambre criminelle de rejeter la demande au motif que la preuve de l'amnistie n'était pas rapportée.

Mais le 7 décembre 1960 (154), à l'appui d'un pourvoi, un plaideur invoquant ce même article 23 estimait qu'il y avait eu violation des droits de la défense parce que des documents relatifs à une infraction amnistiée étaient demeurés au dossier. La Cour de cassation rejeta cette prétention en constatant que l'article 23 de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 n'était pas prescrit à peine de nullité, et que l'article 173 du C.P.P. était étranger à ce domaine. Ainsi, seuls doivent être exclus du dossier d'une affaire les actes d'instruction irréguliers et déclarés nuls par la chambre d'accusation ou toute autre juridiction chargée d'apprécier la validité des actes.

932. — La garantie objective résultant de l'annulation éventuelle d'un acte irrégulier apparaît bien amoindrie. Les retouches apportées législativement au Code de procédure pénale, puis l'interprétation jurisprudentielle des textes ont amené ce résultat.

L'annulation d'un acte d'instruction pour irrégularité tend à devenir l'exception, alors que cette procédure devrait être ouverte largement afin de garantir tout individu soupçonné contre tout risque d'arbitraire, risque qu'a précisément voulu éviter le législateur en réglementant la procédure d'instruction.

Or, en dehors des cas de nullité textuelle, une interprétation ingénieuse de l'article 172 C.P.P. permet de restreindre les causes d'annulation, en exigeant la preuve d'un préjudice. Cette attitude hostile de la jurisprudence se manifeste aussi relativement à la mise en œuvre du contrôle de régularité des actes d'instruction. Au cours de l'information, l'inculpé n'a pas la possibilité de déclencher cette procédure; et ce droit ne lui est pas même donné à la clôture de l'instruction. Pendant la phase préparatoire du procès pénal, les moyens sont très limités, et, il en est de même ultérieurement.

Les juridictions de jugement sont rarement dépositaires du pouvoir de constater les nullités. Elles le sont dans la mesure où la chambre d'accusation n'a pas statué sur la procédure d'information. Toutefois, elles ont toute latitude pour statuer sur des irrégularités d'ordre public.

En définitive, la garantie objective résultant de la conformité aux règles légales se trouve bien limitée si un juge peut, sans trop de dommage, s'affranchir des dispositions du Code de procédure pénale.

(153) Crim., 15- 6-1960, B. 321.

(154) Crim., 7-12-1960, B. 568.

CONCLUSION

933. — Afin de protéger les libertés individuelles et d'assurer la régularité de l'obtention des moyens de preuve utiles au procès pénal, les actes d'instruction comportent un formalisme minutieux. Mais ce n'est pas cette seule apparence extérieure de conformité qui établira le caractère d'acte d'instruction de l'opération effectuée. Il importe aussi qu'elle se déroule dans un cadre déterminé. En d'autres termes, les formes matérielles ne peuvent suffire à conférer la qualité d'actes d'instruction. Il faut également qu'ils émanent d'un juge saisi dans les conditions légales d'une instance.

C'est ainsi que la Cour de cassation pouvait, le 17 août 1878 (1), déclarer que n'était pas un acte d'instruction le procès-verbal d'audition de témoin effectuée sous serment par un commissaire de police. Ce personnage avait été chargé de cette mission par le procureur général avant même que l'affaire soit soumise à la cour d'appel. Mais, le magistrat n'avait aucune qualité pour exercer l'action publique et il ne pouvait recueillir des éléments probatoires : l'acte accompli ne pouvait être un acte d'instruction et il avait été admis comme renseignement. Le respect des formes matérielles ne suffit pas à établir le caractère de constatation judiciaire, il n'existe pas d'actes d'instruction objectifs.

934. — Une situation analogue a été soumise, par deux fois, à la chambre criminelle au cours de l'année 1961. Le 24 juillet 1961 (2), il s'agissait d'actes d'instruction effectués pour l'exécution d'une commission rogatoire. Mais cette délégation de pouvoirs n'était pas régulière puisque le juge d'instruction avait, à ce moment, épuisé les effets de sa juridiction. Dans ces conditions, le seul respect des formes matérielles des actes ne pouvait entraîner la reconnaissance du caractère d'instruction. C'est ce que révèle la solution donnée par la chambre criminelle à ce problème.

(1) Crim., 17-8-1878, S. 1879.I.41.

(2) Crim., 24-7-1961, B. 353.

De même, le 21 août 1961 (3), la Cour de cassation était saisie d'une question relative à l'application du décret du 12 février 1960, concernant la procédure devant les tribunaux militaires en Algérie. L'article 47 al. 5 de ce décret contient une disposition analogue à celle de l'article 283 C.P.P., en conférant au président du tribunal permanent des Forces armées le pouvoir d'ordonner tous actes d'information qu'il estime utiles. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le commissaire du gouvernement avait prescrit des investigations présentant le caractère d'actes d'information, bien que l'affaire eût été renvoyée devant la juridiction de jugement. Ces pouvoirs étant attribués exclusivement au président de cette juridiction, ils ne pouvaient être exercés par le représentant du ministère public. Il est intéressant de noter, dans cet arrêt, que la Cour de cassation relève que les investigations avaient le caractère d'actes d'information. Malgré cela, ils ne pouvaient prétendre à la qualité d'actes d'instruction.

935. — En revanche, lorsque le juge d'instruction procède à l'information, ces formes doivent en principe être suivies pour donner le caractère judiciaire aux renseignements recueillis. L'accomplissement même de ces formalités justifie la contrainte des actes d'instruction. Si, au stade de l'enquête préliminaire, les actes pouvaient être soumis à des formes élémentaires puisqu'ils étaient accomplis avec le consentement des intéressés, il n'en va pas de même pour les actes d'instruction. Le juge a la possibilité d'exercer une pression pour accomplir les actes nécessaires à la manifestation de la vérité. Aussi les formes présentent-elles un grand intérêt en vue de la protection des libertés individuelles.

936. — On pourrait, dans ces conditions, être étonné qu'elles ne soient pas toujours assorties de la nullité. Mais il importe de se pénétrer du caractère provisoire de l'instruction préparatoire. Le juge d'instruction essaie de rassembler les preuves tendant d'une part à établir la réalité objective du fait délictueux, et d'autre part à imputer ce fait à telle personne déterminée. Il n'est pas certain d'y parvenir, puisque l'article 177 C.P.P. permet de rendre une ordonnance de non-lieu lorsqu'il n'existe pas de charges suffisantes à l'encontre d'un inculpé.

Aussi, le système des nullités instauré par le C.P.P. et la tradition jurisprudentielle paraît-il suffisant. Les nullités d'ordre public, c'est-à-dire les irrégularités relatives aux règles de la compétence ou de l'organisation judiciaire, peuvent être admises à tout moment bien que le C.P.P. ne les mentionne pas. Il s'agit de violations trop graves pour qu'elles puissent être soumises à la volonté des parties en vue de leur régularisation.

En revanche, si les prescriptions sont édictées dans le seul intérêt d'un particulier, il peut y être renoncé. Comme elles concernent la protection de l'inculpé, il est normal que la nullité de l'acte ne soit

(3) Crim., 21-8-1961, B. 362.

reconnue que dans l'hypothèse où l'irrégularité a causé réellement un préjudice à cet inculpé.

937. — Tel qu'il est conçu actuellement, le système des nullités de l'instruction préparatoire présente un moment auquel l'irrégularité peut être soulevée. Certes, il serait préférable que ce moment soit toujours situé avant la saisine de la juridiction de jugement pour que les actes annulés soient retirés du dossier. Or, il n'en est pas forcément ainsi dans l'hypothèse du renvoi devant une juridiction correctionnelle ou de police. En réalité, si l'inculpé a des doutes sur la régularité de certains actes, il lui est possible de présenter ce moyen au moment de l'interrogatoire définitif. Cet acte se situant avant la clôture de l'information, toute la procédure suivie sera examinée par le conseil de l'inculpé. Il pourra fournir au juge des conclusions réservant ce moyen. En pareil cas, le juge ne manquera pas de solliciter l'avis du ministère public pour savoir s'il est opportun de saisir la chambre d'accusation en vue d'un contrôle de régularité. Il est bien évident que si la procédure est irrégulière, le procureur de la République ne manquera pas de déclencher le contrôle afin de soutenir utilement l'accusation devant la juridiction de jugement.

Dans ces conditions, il apparaît que la meilleure garantie de l'inculpé réside dans la personne même du magistrat. Mais, comme le remarque M. Chevallier à propos du devoir moral de neutralité du juge dans une instance civile, « la meilleure garantie... ne réside pas dans les contrôles et les sanctions, mais dans la conscience du juge. On peut, en France, lui faire confiance » (4). Cette appréciation rejoint les observations formulées un demi-siècle plus tôt par Roux : « on ne contestera pas que les règles de formes ne constituent pas les seules garanties du droit de la défense, qu'il y a aussi la personne du magistrat qui instruit, sa compétence et son impartialité » (5).

(4) J. CHEVALLIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. de Droit civil*, 1962, p. 19. Voir les doutes soulevés pour l'avenir par M. LEVASSEUR, *in Rev. Sc. Crim.*, 1961, pp. 83 et ss.

(5) ROUX, note au S. 1913.I.169 (sous *Crim.*, 22-12-1910). Une telle opinion est aussi adoptée par M.R.M.P. (D. 1961.581).

CONCLUSION GENERALE

938. — Au terme de cette étude, l'acte d'instruction se présente comme un acte judiciaire entouré de nombreuses formalités, destinées à garantir la liberté de tout citoyen et à mettre en œuvre de manière concrète le principe de la présomption d'innocence. C'est un acte de recherche de la preuve accompli par un magistrat indépendant et impartial (1). Mais s'il tend à fournir la preuve, il ne constitue pas à lui-seul toute la preuve. Toutes les parties au procès de répression pourront présenter tous moyens utiles à leur défense. De plus, depuis l'abolition du système des preuves légales, l'acte d'instruction n'établit qu'un simple renseignement pour fonder l'intime conviction des membres d'une juridiction de jugement (1 bis).

Toutefois, il ne faut pas minimiser l'importance de l'acte d'instruction dans une instance pénale. En raison de son caractère écrit, et de son caractère de preuve préconstituée, l'acte d'instruction exerce une grande influence sur l'esprit des juges, qu'ils soient professionnels ou non. Les débats devant la juridiction de jugement apparaissent comme des allégations simples au regard du contenu des actes de l'instruction.

939. — En constatant l'action de la justice, cet acte possède le caractère interruptif de la prescription. Le fondement de la prescrip-

(1) Signalons que de nombreux textes dérogatoires au C.P.P. ont été abrogés. Ils tendaient à amoindrir les garanties accordées aux inculpés pour assurer une répression plus rapide. Tantôt, il s'agissait de dérogations aux règles de compétence, tantôt ce sont des modes de procéder exceptionnels en matière d'instruction préparatoire, qui avaient été institués. Parmi les nombreux textes figuraient, notamment, l'ordonnance 58-921 du 8 octobre 1958, les ordonnances 60-384 et 60-520 du 3 juin 1960, les décisions présidentielles du 3 et 4 mai 1961, l'ordonnance 62-429 du 14 avril 1962, l'ordonnance 62-618 du 1^{er} juin 1962 et l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962. D'ores et déjà, l'ordonnance 62-718 a abrogé le décret 60-118 du 12 février 1960 (modifié par les décrets 60-505 et 60-895), réglementant la procédure préalable à la saisine des tribunaux militaires en Algérie. L'institution d'une juridiction permanente, la Cour de sûreté de l'Etat a mis un terme aux nombreuses dérogations (cf. Loi 63-22 et 63-23 du 15 janvier 1963).

(1 bis) Sur le principe de l'intime conviction, voir Crim., 10-11-1964, Bull. Crim., 1964, n° 292, p. 623.

tion résidant dans l'oubli de l'infraction (2), il est logique que la recherche de la preuve d'un agissement délictueux manifeste le souci de la justice de ne pas oublier cet acte.

Mais il est difficile de comprendre la conception extensive de la jurisprudence, à propos des causes d'interruption de la prescription. En réalité, les textes du C.P.P. prévoient l'interruption par tout acte de poursuite ou d'instruction (art. 7 à 9). De plus, très souvent, la chambre criminelle ne prend pas parti sur la nature de l'acte interruptif. Comme il est de coutume d'estimer que les actes de poursuite sont exclusivement menés par le procureur de la République, il est logique de déduire que tous les autres actes interruptifs sont des actes d'instruction. Ainsi un acte d'appel ou un jugement préparatoire sont assimilés à des actes d'instruction (3).

Si la solution admise par la Cour de cassation est exacte, il semble qu'un autre raisonnement puisse être proposé. En fait, les actes de poursuite ne sont pas le domaine exclusif d'action du ministère public. La plainte de la victime assortie d'une constitution de partie civile réalise également un acte de poursuite. Cette observation est si vraie que le juge d'instruction est tenu en ce cas d'informer, même en présence de réquisitions contraires du ministère public. Or, la partie civile se présente avec des éléments de preuve relatifs à l'infraction dont elle se prétend victime.

Dans ces conditions, tout acte ayant pour effet de conduire l'action publique à son stade final doit être considéré comme un acte de poursuite. Un acte, fût-il juridictionnel, manifeste la volonté de la justice d'aboutir à un résultat sur l'action publique. C'est d'ailleurs, ainsi, que la chambre criminelle a pu, le 11 octobre 1961 (4), considérer comme actes de poursuite les différents réquisitoires présentés par le procureur de la République au cours de l'instruction préparatoire, ainsi que les ordonnances du juge d'instruction. Et il était fait reproche à la cour d'appel de n'avoir pas tenu compte de ces actes en vue de l'interruption de la prescription, sans avoir à apprécier leur utilité ou leur opportunité.

940. — Si tous les actes, de quelque autorité qu'ils émanent, du moment qu'ils ont trait à l'action publique, sont des actes de poursuite, il importe de déterminer la place précise occupée par les actes d'instruction.

En réalité, l'acte d'instruction utile à l'exercice de l'action publique est un acte de poursuite, assorti de garanties particulières tenant tant à l'auteur de l'acte qu'au formalisme de l'acte. Il manifeste réellement que la justice ne s'est pas désintéressée du trouble social causé

(2) Cf. GAVALDA, « La prescription des actions en procédure pénale », in « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal », p. 78, n° 18.

(3) Cf. STEFANI et LARQUIER, *Encyclopédie DALLOZ*, V° Prescription, n°s 59 à 61.

(4) Crim., 11-10-1961, B. 394.

par l'infraction. D'ailleurs, il est fréquent de dire que le juge d'instruction est saisi de la poursuite.

Mais le particularisme des actes de poursuite du juge d'instruction ne peut échapper, si on les compare à ceux menés par la police judiciaire. Désireux d'établir un préliminaire à la mise en mouvement de l'action judiciaire, le Code de procédure pénale a entendu laisser une grande souplesse à l'enquête préliminaire. En contrepartie, aucune contrainte ne peut être exercée sur les personnes. Les actes de police supposent, ainsi, la participation volontaire du public. Mais dans la mesure où ces actes sont effectués à la demande du procureur de la République, ou du moins sous sa direction (art. 75 et art. 41 al. 2 C.P.P.), il est possible d'affirmer qu'ils émanent d'une autorité chargée de la poursuite.

En revanche, les actes d'instruction, émanant de la justice, sont assortis d'un pouvoir de coercition : la contrainte peut s'exercer sur les personnes au moyen de la détention préventive; elle peut également atteindre des choses par les mécanismes de la perquisition et de la saisie. La contrainte justifie les différentes formalités et les garanties destinées à assurer la régularité des opérations.

Actes de police et actes d'instruction ayant la même finalité de révéler l'intérêt de la société à l'égard d'un acte antisocial, il est normal qu'ils possèdent la même qualification d'actes de poursuite.

941. — Ce caractère permet de mieux comprendre le principe de la séparation des fonctions. Il est considéré que cette règle s'établit en quelque sorte à sens unique en raison de l'imperméabilité entre les fonctions (5). Mais si l'on tient compte de notre observation relativement aux actes de poursuite, il est possible d'édicter la règle ainsi : « l'accomplissement d'un acte de poursuite empêche de participer ultérieurement à une fonction de jugement ».

Il en est ainsi pour le juge d'instruction : l'interdiction de participer à une juridiction de jugement résulte de l'exécution d'un acte d'instruction. S'il a seulement accompli un acte de pure administration de la justice, l'interdiction ne peut s'appliquer.

Le procureur de la République ne pourrait pas plus participer à une fonction de juge, dès l'instant où il a effectué un acte de poursuite dans la même affaire. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1960 (6), dans une affaire où la chambre d'accusation avait été présidée par un magistrat ayant occupé antérieurement les fonctions de substitut du procureur général dans la même affaire.

De même, l'interdiction de siéger s'appliquerait à un magistrat ayant déjà jugé en première instance. A l'égard de la décision d'appel, le premier jugement se présente comme un acte de poursuite, et l'incapacité du magistrat est établie. En revanche, une personne ayant déjà

(5) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, 2^e éd., n° 230.

(6) Crim., 15-3-1960, B. 148. Voir pour les limites de l'incompatibilité : Crim., 17-12-1964, J.C.P. 1965.II.14042 et rapport Combaldieu.

fait des actes de poursuite pourra en effectuer à nouveau. Aucune incompatibilité ne s'oppose à ce que le juge d'instruction tienne le siège du ministère public à l'audience de jugement, ou à ce que le président du tribunal soit chargé des fonctions de procureur général.

Ainsi compris, le principe de la séparation des fonctions évite qu'une fonction de juge soit confiée à un magistrat ayant déjà eu connaissance du contenu du dossier. Dans ce contexte, l'acte d'instruction se présente véritablement comme un acte de poursuite assorti de garanties. Ce sont, d'ailleurs, ces différentes garanties qui font la force du système inquisitoire de recherche de la preuve.

942. — Malgré ses détracteurs, le système inquisitoire demeure le plus sûr moyen de parvenir à la connaissance de la vérité. Certes, il existe parfois des périodes troublées où les circonstances permettent difficilement l'application de toutes les garanties de la liberté individuelle. Mais il faut reconnaître qu'à ce moment de nombreux textes d'exception sont édictés. Ces exceptions confirment la valeur du principe inquisitoire tempéré par les garanties que nous avons dégagées. Cette efficacité dans la recherche de la preuve est telle qu'une certaine tendance se fait jour pour l'instaurer en matière de procédure civile. Il est de règle, en ce domaine, que le juge est un arbitre neutre (7) : les parties présentent leurs arguments et le juge est chargé de départager les prétentions des parties.

La réalité est, cependant, un peu différente. D'un point de vue purement procédural, les réformes issues du décret-loi du 30 octobre 1935 puis de la loi du 15 juillet 1944 ont introduit le magistrat chargé de suivre la procédure. Par l'intermédiaire de ce juge, une accélération du cours des procès est espérée. D'une part, ce magistrat possède en vertu de l'article 81 al. 1 nouveau du Code de procédure civile, la faculté d'ordonner toutes mesures d'information et notamment de prescrire une enquête. D'autre part, ce juge peut entendre les avocats des parties qui renoncent à leur droit de plaider à l'audience (art. 82 Code de procédure civile). L'affaire pourra, alors, être jugée très rapidement puisqu'elle sera dispensée de l'inscription au rôle.

Par là, le magistrat chargé de suivre la procédure est investi de pouvoirs particulièrement importants permettant d'affirmer que pratiquement il constitue un juge d'instruction civil (8). La procédure ordinaire connaît aussi des modifications. L'article 252 nouveau du Code de procédure civile autorise le tribunal à ordonner d'office une enquête. Ainsi le juge civil tend-il à effectuer lui-même la recherche de la preuve (9).

(7) Cf. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, Rev. trim. Droit civil, 1962, p. 5.

(8) Cf. J. CHEVALLIER, Cour de doctorat, 1958-1959, « La charge de la preuve », pp. 200 et ss. Voir aussi BAREYT, Thèse, Paris, 1962. Voir aussi DESIRY, D. 1956, chr. p. 145, et SOLUS, Ass. Capitant, 1949, p. 128.

(9) Voir à ce propos R. LECEAIS, « Permanences et transformations dans les règles de preuve », Thèse, Poitiers, 1954. NORMAND, « L'office du juge », Thèse, Lille, 1961.

En poussant plus loin l'analyse, il est aussi possible d'estimer que dans l'appréciation des preuves la souveraineté du juge permet d'en déduire un certain aspect inquisitoire. Tel fait, tel document qui se révèle manifestement erroné sera exclu d'office par le juge qui n'admet pas qu'on puisse le tromper. Dans la mesure où le principe inquisitoire pénètre de plus en plus le domaine des matières civiles, il n'apparaît pas possible de le rejeter en matière pénale car ce serait la manifestation d'une évolution à rebours.

Vu,

Le Président de thèse :

STEFANI.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris :*

VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

ROCHE.

Bibliographie

I. — HISTOIRE

- CHARLES, « Histoire du Droit pénal » (col. *Que sais-je*), Paris, 1955.
ESMEIN, « Histoire de la procédure criminelle en France », Paris, 1882.
HÉLIE (F.), « Traité de l'instruction criminelle », Tome I, Paris, 1866.
JOUSSE, « Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670 », Paris, 1763.
— « Traité de la justice criminelle de France », Paris, 1771.
LOCRE, « La législation civile, commerciale et criminelle de la France », Tomes 24 et 25.
MUYART DE VOUGLANS, « Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume », Paris, 1762.
SERPILLON, « Code criminel », Lyon, 1767.

II. — OUVRAGES GENERAUX

- BESSON, VOUIN, ARPAILLANCE, « Code de procédure pénale annoté, Livre I^{er} », Paris, 1959.
BOUZAT, « Traité théorique et pratique de droit pénal », Paris, 1951 et supplément, 1956.
BOUZAT et PINATEL, « Traité de droit pénal et de Criminologie », Paris, 1963.
BROUCHOT (J.), GAZIER et BROUCHOT (F.), « Analyse et commentaire du Code de procédure pénale », Paris, 1960.
BURDEAU, « Les libertés publiques », Paris, 1960.
DONNEDIEU DE VABRES, « Traité de droit criminel et de législation pénale comparée », 3^e éd., Paris, 1947.
FRÉJAVILLE et SOYER, « Manuel de droit criminel », 9^e éd., Paris, 1960.
GARÇON, « Code pénal annoté », 2^e éd., par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, Paris, 1956.
GARRAUD (R. et P.), « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », 5 vol., Paris, 1912-1928.
GOYET (F.), « Le Ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique », 3^e éd., par ROUSSELET et PATIN, Paris, 1953.
HÉLIE (Faustin), « Traité de l'instruction criminelle », 2^e éd., Paris, 1866-1867, 8 vol.

- HÉLIE et BROUCHOT, « Pratique criminelle des Cours et tribunaux - Code d'instruction criminelle », 2 vol., 5^e éd., Paris, 1951.
- LAMBERT, « Traité théorique et pratique de police judiciaire », 3^e éd., Lyon, 1951 (suppl. 1955).
- « Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien », Lyon, 1959.
- LELOIR, « Code d'instruction criminelle annoté », Paris, 1898.
- LE POITTEVIN, « Code d'instruction criminelle », 2 vol., Paris, Sirey, 1911-1915.
- « Dictionnaire formulaire des parquets », 5 vol., 8^e éd., par BESSON, COMBALDIEU et SIMÉON, Paris, 1954.
- PARRA, « Traité de procédure pénale policière », Lyon, 1959.
- ROUX, « Cours de droit pénal », Tome II, 2^e éd., Paris, 1927.
- SALMON et MORANDIÈRE, « Code de procédure pénale annoté », 3^e éd., Paris, 1963.
- SOLUS et PERROT, « Droit judiciaire privé », Paris, 1961.
- STEFANI et LEVASSEUR, « Droit pénal et criminologie », 2^e éd., Paris, 1960.
- « Droit pénal », 3^e éd., Paris, 1963.
- « Procédure pénale », 2^e éd., Paris, 1961.
- « Procédure pénale », 3^e éd., Paris, 1963.
- VIDAL et MACNOL, « Cours de droit criminel et de science pénitentiaire », Tome II, 9^e éd., Paris, 1949.
- VITU, « Procédure pénale », Paris, 1958.
- VOUIN et LEAUTÉ, « Droit pénal et criminologie », Paris, 1957.
- « Droit pénal et procédure pénale (manuel de capacité) », Paris, 1960.

III. — MONOGRAPHIES ET THESES

- AED, « La saisine du juge d'instruction », Thèse, Paris, 1951.
- ACULHON, « Manuel pratique du juge d'instruction », Paris, 1924.
- ALTAVILLA, « Psychologie judiciaire » (avant-propos de M. LEVASSEUR), Paris, 1959.
- ANCEL, « Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants », Melun, 1952.
- « La défense sociale nouvelle », Paris, 1954.
- ANDRIER, « L'intervention du défenseur dans l'instruction préparatoire », Thèse, Paris, 1903.
- ARNAL-DONNEDIEU DE VABRES, « Le projet de Code d'instruction criminelle », Thèse, Paris, 1952.
- ASSOUAD, « Les attributions de la police judiciaire en cas de flagrant délit », Thèse, Paris, 1954.
- AVEU, « Journées de droit Franco-Latino-américaines de Toulouse, 1950 », Rev. Int. de Droit comparé, 1951, p. 516 ; 1952, p. 764.
- BERGER, « De la réaction contre les abus de constitution de partie civile », Thèse, Paris, 1938.
- BERLEMONT, « La Chambre des mises en accusation, juridiction d'instruction », Thèse, Aix, 1937.
- BESSON, « Le projet de réforme de la procédure pénale », Paris, 1956.
- BINET, « La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires », Thèse, Nancy, 1946.
- BIRAGUET, « La saisine du juge d'instruction », Thèse, Toulouse, 1934.
- BLOUET, « La saisine du juge d'instruction », Thèse, Caen, 1937.
- BLUM, « La restitution des objets placés sous main de justice », Paris, 1964.
- BORNECQUE, « La détention préventive », Thèse, Paris, 1942.

- BOURGUIGNON, « Manuel d'instruction criminelle », Paris, 1810.
- BOYER, « Le supplément d'information devant les juridictions répressives », Thèse, Toulouse, 1936.
- BRAY, « La fouille corporelle », Thèse, Dijon, 1930.
- BRUN, « Des droits de la défense dans l'instruction criminelle, spécialement d'après la loi du 8 décembre 1897 », Thèse, Paris, 1899.
- CAIL, « Du rôle de la partie lésée au début et au cours de l'instruction préparatoire », Thèse, Paris, 1901.
- CARBONNIER, « Instruction criminelle et liberté individuelle », Paris, 1937.
- CARNOT, « De l'instruction criminelle », 2^e éd., Paris, 1829-1830.
- CARTIGNY, « Les garanties offertes à la partie civile à l'occasion d'une instruction », Thèse, Lille, 1938.
- CASTAGNÈDE, « De la communication des procédures pénales en matière civile », Thèse, Bordeaux, 1942.
- CATHERINE, « Les pouvoirs d'instruction du Procureur de la République », Thèse, Paris, 1956.
- CAULLET, « Des fonctions du Procureur de la République et de ses auxiliaires au point de vue de la police judiciaire », Thèse, Paris, 1909.
— « Cours de police administrative et judiciaire », Paris, 1951.
- CHAMBEON, « L'instruction contradictoire et la jurisprudence », Paris, 1953.
- CHAPAR, « Manuel de la Cour d'assises », Paris, 1960.
- CHAUMEIL, « La police judiciaire », Paris, 1953.
« Code d'instruction criminelle » :
— Projet MATTER, Melun 1938.
— Projet DONNEDIEU DE VABRES, Melun, 1949.
- DELESTRÉE, « L'instruction préparatoire après la réforme judiciaire », Paris, 1959.
- DEMAY, « De l'attribution des pièces ou objets saisis au cours des procédures criminelles », Thèse, Paris, 1909.
- DENYS, « Les garanties de la liberté individuelle », Paris, 1933.
- DESSAIGNE, « Sanctions de la loi sur la réforme de l'instruction criminelle (8-12-1897) », Thèse, Paris, 1900.
- DESWARTE, « Perquisitions et saisies opérées par le juge d'instruction », Thèse, Lille, 1935.
- DOLL, « La réglementation de l'expertise », Paris, 1962.
- DURBET, « Le juge d'instruction civil et le juge d'instruction militaire », Thèse, Paris, 1934.
- DUVERGER, « Manuel des juges d'instruction », Paris, 1862.
- FALCIMAIGNE, « Observations présentées par la Cour de cassation sur le projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle », Paris, 1896.
- GANDON, « Le rôle de la police dans la recherche des preuves des infractions », Thèse, Poitiers, 1944.
« Garde à vue - Expertise - Action civile » :
— Travaux des journées de Strasbourg de 1958 publiés par J. LEAUTÉ, Paris, 1960.
- GERMAIN, « La partie civile et la mise en mouvement de l'action publique », Thèse, Dijon, 1933.
- GORPHE, « La critique du témoignage », Paris, 1927.
— « L'appréciation des preuves en justice », Paris, 1947.
- GOUNELLE, « De quelques procédés modernes de recherche criminelle », Thèse, Paris, 1952.

- COUR, « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », Thèse, Toulouse, 1958.
- GUÉRIN, « Des voies de recours ouvertes à la partie civile », Thèse, Paris, 1933.
- HUGUENEY (P.), « Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire », Paris, 1933 (suppl. 1940).
- « Individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant », Ouvrage collectif, Paris, 1954.
- JOUSAS, « Le flagrant délit », Thèse, Paris, 1941.
- LACAZE, « Des enquêtes officieuses et des officiers de police judiciaire qui y procèdent », Thèse, Toulouse, 1910.
- LAFFERRIÈRE, « Le gendarme dans l'exercice de ses fonctions de la police judiciaire », Thèse, Dijon, 1932.
- LACARDE, « Le formalisme dans le droit criminel français », Thèse, Paris, 1938.
- LAUTECAZE, « Les pouvoirs de police judiciaire du préfet », Thèse, Bordeaux, 1938.
- LAVEIX, « Etude sur la loi du 8-12-1897 », Thèse, Toulouse, 1898.
- LEFEBVRE, « Des actes de l'instruction préparatoire », Thèse, Paris, 1899.
- LEFEBVRE (P.), « Les commissions rogatoires », Thèse, Paris, 1961.
- LESTELLE, « Les lois du 7-2-1933 et du 25-3-1935 sur les garanties de la liberté individuelle », Thèse, Paris, 1936.
- LEVASSEUR, « Les problèmes soulevés par l'examen du délinquant », Cours de doctorat, Paris, 1956-1957.
- LÉVY, « De l'information officieuse », Thèse, Nancy, 1934.
- « Libertés individuelles », Travaux de la Faculté de droit de Toulouse, 1933.
- LIONNARD, « Théorie des nullités dans la loi du 8-12-1897 sur la réforme de l'instruction préparatoire », Thèse, Paris, 1902.
- LOCARD, « L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques », Paris, 1928.
- « Manuel de technique policière », Paris, 1954.
- MAHAULT, « Des garanties nouvelles accordées à la défense par la loi du 8-12-1897 », Thèse, Rennes, 1899.
- MALLET, « Etude de jurisprudence sur les ordonnances de non-lieu », Thèse, Grenoble, 1936.
- MANGIN, « De l'instruction écrite, ouvrage revu et annoté par F. HÉLIE », Paris, 1847.
- « Traité de l'action publique et de l'action civile », 3^e éd., Paris, 1876.
- MARGRAFF, « La situation de la victime d'une infraction pendant l'instruction préparatoire », Thèse, Strasbourg, 1938.
- MARIOTTE, « Le principe inquisitoire », Thèse, Paris, 1902.
- MARNIER, « Les garanties de la liberté individuelle et la réforme du C.I.C. », Thèse, Paris, 1924.
- MARQUISSET, « Manuel pratique de l'instruction », Paris, 1950.
- MASSABIAU, « Manuel du Ministère public près les Cours d'appel, les Cours d'assises et les tribunaux civils correctionnels et de police », Paris, 1876.
- MAUREL, « Publicité et contradiction dans l'instruction préparatoire », Thèse, Paris, 1900.
- MELLOR, « Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle », Paris, 1952.
- « La pratique du procès pénal - Plaintes et constitutions de partie civile », Paris, 1959.
- MIMIN, « Le constat criminel », Paris, 1930.
- L'interrogatoire par le juge d'instruction », Paris, 1926.

- DE MOLÈNES, « *Traité pratique des fonctions du Procureur du Roi* », Paris, 1824.
- MORIZOT-THIBAUT, « *De l'instruction préparatoire* », Paris, 1906.
- NADAU, « *Des enquêtes officieuses dans l'instruction criminelle* », Thèse, Lyon, 1913.
- OLLIER, « *La réforme de l'instruction préparatoire* », Paris, 1898.
- PARIS, « *Des rapports du juge d'instruction et du Ministère public* », Thèse, Paris, 1891.
- PASCAL, « *Le rôle judiciaire du commissaire de police et des officiers auxiliaires* », Thèse, Lyon, 1922.
- PINGUET, « *Les commissions rogatoires du juge d'instruction* », Thèse, Nancy, 1939.
- PONTAL, « *Les pouvoirs de police judiciaire du préfet* », Thèse, Montpellier, 1941.
- « *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* », Etudes de droit criminel sous la direction de M. STEFANI, Paris, 1956.
- QUENETTE, « *L'observation et le dossier de personnalité devant les juridictions pénales* », Thèse, Nancy, 1960.
- RACHÉ, « *De l'intime conviction du juge* », Thèse, Paris, 1942.
- RAZA FINDRA LAMBO, « *Poursuite et information au cas d'infraction flagrante* », Thèse, Paris, 1955.
- RICHAUD, « *La personnalité du mineur délinquant devant les juridictions pour mineurs et son influence sur le traitement éducatif* », Thèse, Paris, 1956.
- ROUX, « *Le Ministère public et la partie lésée* », Paris, 1893.
- SANNIÉ, « *La recherche scientifique du criminel* », Paris, 1950.
- SAUVEL, « *Les immunités judiciaires* », Paris, 1956.
- SAVIDAN, « *De la mise en mouvement de l'action publique par les particuliers et de ses abus* », Thèse, Rennes, 1934.
- SIFNEOS, « *L'organisation de l'instruction et les garanties du prévenu* », Thèse, Paris, 1930.
- SIGNOREL, « *Manuel formulaire des juges d'instruction* », Paris, 1953.
- STEFANI, « *La primauté du criminel sur le civil* », Cours de doctorat, Paris, 1953-1954.
- « *Procès pénal et action civile* », Cours de doctorat, Paris, 1955-1956.
- THIRION, « *Des détentions et de la détention préventive* », Thèse, Lyon, 1941.
- TURLAN, « *Commentaire pratique de la loi du 7-2-1933 sur les garanties de la liberté individuelle* », Nantes, 1933.
- VALTICOS, « *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* », Thèse, Paris, 1948 (publiée en 1953 chez Sirey).
- WASCHEUL, « *Des moyens de contrainte et d'investigation employés contre les prévenus pour la découverte de la vérité* », Thèse, Paris, 1949.
- WEILL, « *L'information ouverte contre X... au regard de la fonction judiciaire du juge d'instruction* », Thèse, Bordeaux, 1956.

IV. — ARTICLES

- AYDALOT, « *L'expertise* », Rev. Droit Pénal, 1958, pp. 41 et 82.
- BASTIAN, « *Le refus d'informer* », Rev. crit. de lég. et de jur., 1933, p. 396.
- BATIFFOL, « *La citation directe* », Rev. crit. de lég. et de jur., 1930, p. 472.
- BESSON, « *Conf. au Centre de droit comparé* », Rev. sc. crim., 1954, p. 18.
- « *La police judiciaire et le Code de procédure pénale* », D. 1958, chr. p. 129.
- « *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale* », Rev. sc. crim., 1959, p. 271.

- « Le secret de la procédure pénale et ses incidences », D. 1959, chr. p. 191.
- « Les règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale », D. 1960, chr. p. 51.
- « Panorama des réformes pénales », D. 1960, chr. p. 161.
- BLONDET, « La légalité de l'enquête officieuse », J.C.P. 1955.I.1233.
- « Pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire », J.C.P. 1956.I.1311.
- « L'enquête préliminaire dans le nouveau code », J.C.P. 1959.I.1513.
- BOUTET, « La garde à vue dans le C.P.P. », Rec. Droit Pénal, 1958, p. 45.
- BOUZAT, « Encyclopédie DALLOZ, V° Chambre des Mises en accusation et flagrant délit ».
- « La protection de la liberté individuelle au cours de l'instruction », Rev. Int. de droit pénal, 1953, p. 109.
- « Les procédés modernes d'investigation et les droits de la défense », rapport au 5^e congrès de droit comparé, Rev. sc. crim., 1958, p. 3.
- « La loyauté dans la recherche des preuves », Mél. Hugueney, p. 155.
- BROUCHOT, « La Chambre d'accusation », J.C.P. 1959.I.1485, Rev. sc. crim., 1959, p. 327.
- CHAMBON, « Commentaire de la loi du 28-10-1955 », J.C.P. 1955.I.1264.
- « Les droits de la défense et le supplément d'information, G.P., 1954, I. Doc., p. 1.
- « La communication au conseil des ordonnances du juge d'instruction », Rec. Droit Pénal, 1954, p. 201.
- « Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale », J.C.P. 1959.I. 1531 bis.
- « La prolongation de la détention préventive », J.C.P. 1961.I.1627.
- CHAPAR, « Les modifications apportées par le Code de procédure pénale au fonctionnement de la Cour d'assises », D. 1959, chr. p. 35.
- CHAZAL, « Encyclopédie DALLOZ, V° Enfance délinquante ».
- CHODKIEWIEZ, « Encyclopédie DALLOZ, V° Gendarmerie ».
- CLERC, « A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et la légalité des poursuites », Rev. pénale Suisse, 1948, p. 161.
- COURTOIS, « Le flagrant délit en matière d'armes prohibées », Gaz. des tribunaux, 4-7-1925.
- DECLERCQ, « L'exécution des ordonnances du juge d'instruction », Rev. Droit pénal et Crim., 1950-1951, p. 1156.
- DELPECH, « Encyclopédie DALLOZ, V° Liberté individuelle ».
- DEMOGUE, « Du droit du Ministère public de constituer un dossier confidentiel », Rev. crit. de lég. et de jur. 1907, p. 334.
- DERRIDA, « Des voies de recours ouvertes à la partie civile contre les décisions des juridictions d'instruction », Rev. sc. crim., 1949, p. 309.
- « Les perquisitions chez les avocats et les notaires », Rev. sc. crim., 1953, p. 223.
- DOLL, « A propos des restitutions », Rev. Sc. Crim., 1963, p. 155.
- DONNEDIEU DE VABRES, « Commentaire de l'ordonnance du 2-2-1945 », D. 1945, L. 169.
- « La réforme de l'instruction préparatoire », Rev. sc. crim., 1949, p. 499.
- ESCANDE, « Jurisclasseur de procédure pénale », Commentaire des articles 79 à 84 et 122-136.
- FRÉJAVILLE, « La réaction contre les abus de constitution de partie civile », D.H. 1931, chr. p. 60.
- GABOLDE, « L'appel des ordonnances de compétence », Rev. Sc. Crim., 1938, p. 1.

- CALMOT, « Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés », Et. et documents du conseil d'Etat, 1959, p. 57.
- GARRAUD, « L'utilisation à titre de preuve dans un procès civil des pièces et documents tirés d'une information pénale », J.C.P. 1943.I.317.
- GOLLETY, « L'exécution des commissions rogatoires », Rev. sc. crim., 1951, p. 309.
— « Les restitutions », Rev. sc. crim., 1958, p. 675.
- GRANIER, « Quelques réflexions sur le secret de l'information », J.C.P. 1958.I.1453.
— « La partie civile au procès pénal », Rev. sc. crim., 1958, p. 1.
— « Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance », J.C.P. 1959.I.1521.
— « Les restitutions dans le C.P.P. », Rev. sc. crim., 1959, p. 611.
— « Jurisclasseur de procédure pénale », commentaire des articles 53 à 73 et 99-100.
- GRAVEN, « Les conditions d'une réglementation satisfaisante de la détention préventive », Rev. Int. de Droit pénal, 1950, p. 189.
— « L'administration et la psychologie du témoignage en justice », Rev. Int. de Crim. et de pol. tech., 1960, p. 256.
- GUYENOT, « Le dessaisissement des juridictions dans la procédure pénale française », Rev. Sc. Crim., 1963, p. 279.
— « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », Rev. Sc. Crim., 1964, p. 559.
- HENRY, « Le flagrant délit en matière d'armes prohibées », Rev. crit. de lég. et de jur. 1926, p. 400.
— « La réforme du statut du juge d'instruction », D.H. 1935, chr. p. 73.
- HERZOG, « Les nouvelles méthodes d'investigation dans le procès pénal », 1^{er} cours int. de criminologie, p. 273.
- HUGUENEY, « Des moyens de parer à l'abus des constitutions de partie civile », Rev. crit. de lég. et de jur., 1927, p. 343.
— « L'article 10 C.I.C. », Et. criminologiques, 1927, p. 2.
— « La fouille corporelle sous couvert de flagrant délit », Et. criminologiques, 1930, p. 201.
— « Les droits de la défense devant le juge d'instruction », Rev. sc. crim., 1952, p. 195.
- JONQUÈRES, « Encyclopédie DALLOZ, V^o Partie civile ».
- KLEIN, « La restitution des objets saisis devant les juridictions répressives de droit commun », Rec. Droit pénal, 1950, pp. 165 et 224.
- LANGLOIS, « Le flagrant délit », J.C.P. 1961.I.1611.
- LAPLATTE, « Le supplément d'enquête en matière correctionnelle », J.C.P. 1937.I.26.
— « La confrontation et le nouveau C.P.P. », Rev. jur. Alsace-Lorraine, 1960, p. 161.
— « Les nullités subséquentes en matière d'instruction préparatoire », Rec. Droit pénal, 1960, p. 83.
- LARQUIER, « Encyclopédie DALLOZ, V^o Prescription ».
— « L'action publique et l'action civile dans le C.P.P. », J.C.P. 1959.I.1495.
— « Le secret de l'instruction et le C.P.P. », Rev. sc. crim., 1959, p. 313.
— « L'alcool, la police et le sang », D. 1962, Chr. p. 9.
- LARNAUDE, « Rapport à la Société des prisons », Rev. pén. 1901, p. 185.
- LAURENT, « La correctionnalisation judiciaire », J.C.P. 1905.I.852 et 877.
— « Le classement sans suite », Rec. Droit pénal, 1948, p. 97.
- LEAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », Rev. sc. crim., 1953, p. 47.
- LE CLERE, « La nouvelle compétence territoriale des officiers de police judiciaire », Rev. sc. crim., 1959, p. 353.

- « L'évolution de la compétence territoriale des officiers de police judiciaire », D. 1961, chr. p. 151.
- LECRIVAIN, « Le service des restitutions au parquet de la Seine », J.C.P. 1939.I.93.
- LELOIR, « L'instruction préalable », France Judiciaire, 1898.I.4.
- « L'action directe de la partie lésée devant le juge d'instruction », Rev. pén., 1925, p. 34.
- « Commentaire de la loi du 7-2-1933 », D.P. 1933.IV.75.
- « Commentaire de la loi du 25-3-1935 », D.P. 1936.IV.21.
- LEMERCIER, « Jurisclasseur de procédure pénale », article 463.
- LEMKIN, « Spécialisation du juge pénal », Rev. int. de droit pénal, 1933, p. 68.
- LE POITTEVIN, « L'instruction contradictoire », 1899.
- « Les restitutions », Journal des parquets, 1898.I.238.
- LESCUDIER, « Le supplément d'information », Journal des parquets, 1908.I.83, Rev. crit. de lég. et de jur., 1908, p. 32.
- LEVASSEUR, « Vers une procédure d'instruction contradictoire », Rev. sc. crim., 159, p. 297.
- « De la minimisation du dossier de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire du juge », Rev. sc. crim., 1961, p. 83.
- « La Cour de sûreté de l'Etat », G.P., 1963, I. Doc 26.
- « Réflexions sur la compétence », Mélanges Hugueney, p. 13.
- LOUWAGE, « Traitements illégaux et inhumains à l'égard d'inculpés », Rev. int. de crim. et de pol. techn., 1951.
- « Technique de l'interrogatoire et examen de l'inculpé », 1^{er} cours int. de criminologie, p. 281.
- MAAS GEESTERANUS, « La spécialisation du juge pénal », Paris, 1933.
- MARMION, « De l'obligation de consigner imposée à la partie civile », Et. criminologiques, 1928, p. 56.
- MARQUISSET, « L'acte d'instruction », Rec. Droit pénal, 1957, p. 41.
- « Nécessité de l'interrogatoire de l'inculpé », Rec. Droit pénal, 1950, p. 1.
- « L'instruction et le sort des documents confidentiels », Rec. Droit pénal, 1951, p. 145.
- « Les copies des dossiers par les greffiers », Rec. Droit pénal, 1952, p. 97.
- « Le juge d'instruction, officier de police judiciaire », Rec. Droit pénal, 1953, p. 81.
- « Les droits des tiers à l'instruction », Rec. Droit pénal, 1955, p. 90.
- « Encyclopédie Dalloz » V¹⁸ Commission rogatoire - Descente sur les lieux - Détention préventive - Expertise - Instruction préparatoire - Instruction à l'audience - Juge d'instruction - Liberté provisoire - Mandats - Perquisition - Saisie - Visite domiciliaire - Police judiciaire.
- « Jurisclasseur de procédure pénale », articles 268 à 287.
- MERLE, « Encyclopédie Dalloz, V^o Cour d'assises ».
- « L'inculpation », Mélanges Hugueney, p. 111.
- MIMIN, « Le noviciat de la magistrature », D. 1946, chr. p. 29.
- « Considérations sur le projet de C.P.P. », D. 1956, chr. p. 137.
- « Pitié pour la Chambre d'accusation », J.C.P. 1956.I.1324.
- « La nouvelle enquête policière », J.C.P. 1959.I.1500.
- NAUD, « La preuve par les écoutes téléphoniques », Rec. Droit pénal, 1959, p. 213.
- PATIN, « Le rétablissement de la légalité républicaine », Rev. sc. crim., 1946, p. 39.
- « L'action civile devant les tribunaux répressifs », Rec. gén. des lois, 1957, p. 8.
- PATIN et CAULLET, « La compétence territoriale des officiers de police judiciaire », Rev. sc. crim., 1953, p. 251.
- PATUREAU et LEMONTEY, « Le Centre national d'études judiciaires », D. 1961, chr. p. 49.

- PÉDAMON, « La fouille corporelle », *Rev. sc. crim.*, 1961, p. 467.
- RIBET, « Pitié pour les hommes de bonne volonté », *Rec. Droit pénal*, 1956, p. 328.
- ROCHE, « L'expertise médicale dans le Code de procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 159, p. 657.
- ROUGIER, « Les droits de la partie civile devant le juge d'instruction », *Rev. pén.*, 1906, p. 200.
- ROUSSELET, « Les ruses et artifices dans l'enquête criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1946, p. 50.
— « De quelques réflexions sur l'instruction préparatoire », *Mélanges Donne-dien de Vabres*, Paris, 1960, p. 213.
- ROUX, « La spécialisation des magistrats », *Rev. pén.*, 1911, p. 793.
— « Règles en vue de prévenir les violences ou autres contraintes exercées contre les personnes des témoins ou des prévenus », *Rev. Droit pénal et criminologie*, 1938, p. 453.
- SALINGARDES, « Jurisclasseur de procédure pénale », articles 75 à 78.
- SASSERATH, « Procédure accusatoire et procédure inquisitoriale », *Rev. sc. crim.*, 1952, p. 36.
— « La détention des adultes avant le prononcé du jugement », *Rev. int. de Droit pénal*, 1951, p. 17.
- SICARD, « L'utilisation dans les procès civils des pièces des dossiers pénaux », *Rec. gén. des lois*, 1960, p. 101.
- STEFANI, « Encyclopédie Dalloz », V^{1a} Prescription et preuve.
— « L'acte d'instruction », *Mélanges Hugueney*, p. 135.
- SZEKELY, « Le rôle de l'expert dans la procédure pénale », *Rev. sc. crim.*, 1958, p. 43.
- TREILLARD, « Les caractères de l'instruction préparatoire en procédure pénale », *Rev. jur. et écon. du Sud-Ouest*, 1959.
- TURLAN, « La jurisprudence du Parquet de la Seine en matière de restitutions », *G.P.* 7-4-1937.
- VITU, « Le classement sans suite », *Rev. sc. crim.*, 1947, p. 505.
— « La réforme des infractions contre la sûreté de l'Etat », *J.C.P.* 1960.I.1578.
— « La Cour de sûreté de l'Etat », *Rev. Sc. Crim.*, 1964, p. 1.
— « L'exception d'incompétence et les nullités de l'instruction », *J.C.P.* 1963.I.1739.
— « Réflexions sur les juridictions pour mineurs délinquants », *Mélanges Hugueney*, p. 239.
- VOUIN, « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949, chr. p. 101.
— « Le projet de réforme du C.I.C. », *D.* 1950, chr. p. 37.
— « Prière pour la Chambre d'accusation », *J.C.P.* 1955.I.1221.
— « Justice pour la Chambre d'accusation », *J.C.P.* 1956.I.1327.
— « Commentaire de la loi du 28-10-1955 », *Rev. sc. crim.*, 1956, p. 132.
— « Le Code de procédure pénale », *J.C.P.* 1959.I.1477.
— « La preuve obtenue par des moyens illégaux », *Rec. Droit pénal*, 1955, p. 337.
— « Le dossier de personnalité », *J.C.P.* 1961.I.1633 *bis*.
— « L'application du Code de procédure pénale et le malheur des temps », *Rev. sc. crim.*, 1962, p. 65.
— « La Cour de sûreté de l'Etat », *J.C.P.*, 1963.I.1764.

V. — PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE CITEES

- APPLETON : Note sous Caen, 28-12-1897 ; *D.P.* 1898.II.33.
- A. (P.) : Note sous *Crim.*, 25-3-1954 ; *D.* 1954.345.
— Note sous *Crim.*, 5-1-1957 ; *D.* 1957.351.
— Note sous Paris, 19-1-1963 ; *J.C.P.* 1963.II.13397.

- BARROT : Consultation in Crim., 23-7-1853 ; D.P. 1853.I.223.
- BESSON : Conclusions in Crim., 22-12-1959 ; D. 1960, p. 1.
- BOITARD : Note sous Crim., 9-1-1958 ; J.C.P. 1958.II.10537.
- BOUZAT : Note sous Crim., 6-3-1957 ; D. 1958.25.
 — Note sous Civ., 2-2-1960 ; D. 1961.233.
 — Note sous Cass., réunies 24-4-1961 ; D. 1961.733.
- BROUCHOT : Note sous Crim., 16-2-1943 ; J.C.P. 1943.II.2313.
 — Note sous Crim., 25-6-1947 ; J.C.P. 1947.II.3747.
 — Note sous Crim., 12-6-1947 ; J.C.P. 1947.II.3996.
 — Note sous Crim., 12-6-1952 ; J.C.P. 1952.II.7241.
 — Note sous Crim., 22-1-1953 ; J.C.P. 1953.II.7456.
- BRUNET : Note sous Crim., 22-1-1953 ; S. 1954.I.89.
- J.P.B. : Note sous trib. de Chateauroux, 28-2-1951 ; J.C.P. 1952.II.6680.
- CAUWES : Note sous Douai, 6-6-1874 ; S. 1875.2.1.
- CHAMBON : Note sous Crim., 6-11-1952 ; J.C.P. 1953.II.7357.
 — Note sous Crim., 4-12-1952 ; J.C.P. 1953.II.7625.
 — Note sous Crim., 25- 3-1954 ; J.C.P. 1954.II.8133.
 — Note sous Crim., 22- 6-1954 ; J.C.P. 1954.II.8422.
 — Note sous Crim., 16-12-1954 ; J.C.P. 1955.II.8509.
 — Note sous Crim., 8-12-1955 ; J.C.P. 1956.II.9330.
 — Note sous Crim., 6- 3-1957 ; J.C.P. 1957.II.9993.
 — Note sous Crim., 12- 3-1958 ; J.C.P. 1958.II.10656.
 — Note sous Crim., 8- 7-1958 ; J.C.P. 1958.II.10861.
 — Note sous Crim., 27-10-1959 ; J.C.P. 1959.II.11375.
 — Note sous Crim., 12-11-1959 ; J.C.P. 1960.II.11405.
 — Note sous Poitiers, 7-1-1960 ; J.C.P. 1960.II.11599.
 — Note sous Montpellier, 13-11-1959 ; J.C.P. 1960.II.11612.
 — Note sous Crim., 17- 3-1960 ; J.C.P. 1960.II.11641.
 — Note sous Aix, 15-6-1960 ; J.C.P. 1960.II.11748.
 — Note sous Crim., 6- 7-1960 ; J.C.P. 1960.II.11758.
 — Note sous Crim., 5-10-1960 ; J.C.P. 1960.II.11828.
 — Note sous Riom, 23-11-1960 ; J.C.P. 1961.II.11952.
 — Note sous Alger, 17- 2-1961 ; J.C.P. 1961.II.12055.
 — Note sous Crim., 22-11-1961 ; J.C.P. 1962.II.12545.
 — Note sous Crim., 18- 1-1962 ; J.C.P. 1962.II.12563.
 — Note sous Civ., 26-10-1961 ; J.C.P. 1962.II.12566.
 — Note sous Paris, 23- 5-1960 et 11-12-1961 ; J.C.P. 1962.II.12692 bis.
 — Note sous Crim., 21-11-1962 ; J.C.P. 1963.II.13088 bis.
 — Note sous Crim., 17- 1-1963 ; J.C.P. 1963.II.13102.
 — Note sous Crim., 15-11-1962 ; J.C.P. 1963.II.132124.
 — Note sous Toulouse, 18-12-1962 ; J.C.P. 1963.II.13139.
 — Note sous Crim., 20- 2-1963 ; J.C.P. 1963.II.13392.
 — Note sous Crim., 27-12-1963 ; J.C.P. 1964.II.13543.
- COLOMBINI : Note sous Alger, 9-11-1951 ; J.C.P. 1952.II.7081.
- COMBALDIEU : Conclusions in Paris, 24-1-1952 ; S. 1952.II.93.
 — Rapport Crim., 9-2-1961 ; J.C.P. 1961.II.12004.
 — Note sous Crim., 17-12-1964 ; J.C.P. 1965.II.14042.
- CRÉMIEU : Note sous Crim., 24-3-1960 ; D. 1960.531.
- R.C. : Note sous Paris, 1-4-1955 ; J.C.P. 1955.II.8766.
- DEBBASCH : Note sous Seine, 8-5-1963 ; J.C.P. 1963.II.13394.
- DEMOCUE : Note sous Crim., 8-12-1906 ; S. 1907.I.380.
- DEPAULE : Note sous Paris, 7-1-1960 ; J.C.P. 1960.II.11455.
 — Note sous Crim., 5-5-1960 ; J.C.P. 1960.II.11735.
- DOLL : Note sous Crim., 31-10-1961 ; J.C.P. 1961.II.12388.
 — Note sous Crim., 18-1-1962 ; J.C.P. 1962.II.12563.

- Note sous Crim., 4-4-1962 ; J.C.P. 1962.II.12692.
- Note sous Paris, 4-4-1962 ; J.C.P. 1962.II.12710.
- DUPRÉ-LASALE : Rapport *in* Crim., 12-3-1886 ; D.P. 1886.I.345.
- ESMEIN : Note sous Commission d'instruction de la Haute Cour de justice, 12-10-1899 ; S. 1900.II.289.
- FEUILLOLEY : Réquisitoire *in* Crim., 5-1-1901 ; D.P. 1901.I.113.
- GARRAUD : Note sous Crim., 23-7-1927 ; J.C.P. 1928, p. 154.
- GAVALDA : Note sous Com., 15-11-1961 ; J.C.P. 1962.II.12636.
- GOLLETY : Note sous Crim., 24-2-1954 ; D. 1954.536.
- Note sous Crim., 12- 6-1954 ; D. 1954.753.
- Note sous Crim., 16-12-1954 ; D. 1955.86.
- Note sous Crim., 11- 4-1959 ; D. 1960.40.
- Note sous Crim., 12-11-1959 ; D. 1960.60.
- Note sous Paris, 20- 6-1959 ; D. 1960.88.
- F.G. : Note sous Paris, 20-2-1953 ; D. 1954.48.
- Note sous Paris, 15- 6-1955 ; D. 1955.795.
- Note sous Crim., 17-12-1958 ; D. 1959.416.
- HENRY : Note sous Req., 3-11-1924 ; D.P. 1925.I.33.
- HUGUENÉY : Note sous Crim., 11-12-1931 ; S. 1934.I.273.
- Note sous Crim., 30-11-1933 ; S. 1936.I.153.
- Note sous Crim., 2- 1-1936 ; S. 1937.I.73.
- Note sous Crim., 15- 4-1937 et 11-2-1938 ; S. 1938.I.233.
- JOSSE : Conclusions *in* Trib. des conflits 8-4-1935 ; D.P. 1935.3.25.
- LABBÉ : Note sous Civ., 3-8-1874 et Req., 8-2-1876 ; S. 1876.I.193.
- LANZAC DE LABORIE : Note sous Paris, 7-4-1898 ; D.P. 1898.2.210.
- LAPP : Note sous Crim., 22-1-1953 ; D. 1953.533.
- LARQUIER : Note sous Crim., 31-3-1960 ; J.C.P. 1960.II.11636.
- LAURENT-ATTHALIN : Rapport *in* Crim., 8-12-1906 ; D.P. 1907.I.207.
- LEDoux : Rapport *in* Crim., 6-3-1957 ; S. 1957.327.
- LEGAL : Note sous Crim., 2-2-1934 ; S. 1936.I.33.
- Note sous Crim., 13-2-1937 ; S. 1937.I.393.
- LELOIR : Note sous Paris, 26-11-1901 ; D.P. 1902.II.269.
- Note sous Crim., 27- 7-1907 ; D.P. 1911.I.153.
- Note sous Crim., 27- 7-1911 ; D.P. 1912.I.253.
- Note sous Paris, 1- 2-1912 ; D.P. 1916.II.120.
- Note sous Rouen, 26- 7-1912 ; D.P. 1916.II.113.
- Note sous Paris, 26-12-1916 ; D.P. 1918.I.97.
- Note sous Crim., 8-6-1923 ; D.P. 1923.I.201.
- Note sous Crim., 28- 5-1925 ; D.P. 1926.I.121.
- Note sous Paris, 23- 6-1931 ; D.P. 1933.II.118.
- Note sous Crim., 7- 1-1932 et 30-6-1932 ; D.P. 1933.I.23.
- Note sous Crim., 4 et 27 février, 4 mars 1932 ; D.P. 1933.I.127.
- Note sous Crim., 30-11-1933 et 4-1-1934 ; D.P. 1934.I.121.
- Note sous Crim., 2- 2-1934 ; D.P. 1934.I.169.
- Note sous Crim., 3- 8-1935 ; D.P. 1937.I.94.
- LE PAVEC : Note sous Crim., 19-6-1957 ; D. 1958.563.
- LE POITTEVIN : Note sous Crim., 8-12-1899 ; D.P. 1903.I.457.
- Note sous Crim., 5-11-1903 ; D.P. 1904.I.25.
- Note sous Crim., 26- 1-1907 ; D.P. 1911.I.289.
- Note sous Crim., 20- 8-1908 ; D.P. 1910.I.106.
- Note sous Crim., 23- 3-1912 ; D.P. 1912.I.161.
- LE ROY : Note sous Crim., 31-10-1961 ; D. 1962.221.

- J. Ch. L. : Note sous Crim., 9-11-1934 ; D.P. 1934.I.163.
- G.L. : Note sous Crim., 19-9-1933 ; D.P. 1937.I.40.
- MAGNOL : Note sous Agen, 28-7-1949 ; J.C.P. 1950.II.5343.
- MIMIN : Note sous Crim., 27-12-1935 ; D.P. 1936.I.20.
 — Note sous Trib. de la Seine, 23-12-1959 ; J.C.P. 1960.II.11586.
 — Note sous Crim., 24-3-1960 ; J.C.P. 1960.II.11672.
- MONGUILAN : Rapport *in* Cass. réunies, 24-4-1961 ; J.C.P. 1961.II.12131.
- M.R.M.P. : Note sous Crim., 31-1-1952 ; S. 1952.I.141.
 — Note sous Crim., 25- 6-1959 ; D. 1959.449.
 — Note sous Crim., 3- 3-1960, 27-12-1960 ; D. 1961.167.
 — Note sous Crim., 23- 2-1961 ; D. 1961.288.
 — Note sous Crim., 1-12-1960 ; D. 1961.385.
 — Note sous Crim., 6- 1-1961, 2-11-1960, 5-5-1960, 1-2-1961 ; D. 1961.581.
- NAST : Note sous Nîmes, 29-4-1912 ; D.P. 1912.II.313.
 — Note sous Paris, 28-7-1925 ; D.P. 1926.II.49.
- PHILONENKO : Note sous Crim., 22-12-1938 ; D.C. 1944.J.153.
- ROLLAND : Rapport *in* Crim., 22-8-1960 ; J.C.P. 1960.II.11792.
- ROUX : Note sous Crim., 24-12-1898 ; S. 1899.I.297.
 — Note sous Crim., 4- 2-1898 ; S. 1900.I.57.
 — Note sous Crim., 24-6-1898, 8-12-1899 ; S. 1901.I.153.
 — Note sous Paris, 7-12-1898 ; S. 1901.II.305.
 — Note sous Crim., 17- 3-1899 ; S. 1901.I.473.
 — Note sous Crim., 11- 7-1902 ; S. 1903.I.545.
 — Note sous Crim., 27 -7-1907 ; S. 1909.I.169.
 — Note sous Crim., 15- 2-1906 ; S. 1909.I.225.
 — Note sous Crim., 18- 2-1910 ; S. 1911.I.233.
 — Note sous Crim., 23- 3-1912 ; S. 1912.I.345.
 — Note sous Crim., 22-12-1910 ; S. 1913.I.169.
 — Note sous Crim., 24- 2-1921 ; S. 1922.I.240.
 — Note sous Crim., 6- 1-1923 ; S. 1923.I.185.
 — Note sous Crim., 10- 2-1923 ; S. 1923.I.233.
 — Note sous Crim., 12- 7-1934 ; S. 1935.I.233.
 — Note sous Crim., 29- 8-1936 ; S. 1937.I.353.
 — Note sous Civ., 19-4-1947 ; S. 1948.I.17.
- J.M.R. : Note sous Crim., 11-1-1961 ; D. 1961.196.
 — Note sous Crim., 6-12-1961 ; D. 1962.83.
- SARRUT : Note sous Crim., 6-1-1893 ; D.P. 1893.I.102.
- TORTAT : Note sous Crim., 30-12-1932 ; S. 1933.I.273.
- VEDEL : Note sous Douai, 3-1-1962 et Lyon, 20-11-1961 ; J.C.P. 1962.II.12560.
- VILLEY : Note sous Crim., 12-3-1886 ; S. 1887.I.89.
- VOUIN : Note sous Crim., 22-7-1954 ; J.C.P. 1954.II.8351.
 — Note sous Crim., 16-6-1955 ; J.C.P. 1955.II.8851.
 — Note sous Aix, 21-6-1956 ; J.C.P. 1956.II.9517.
 — Note sous Crim., 25-6-1959 ; J.C.P. 1959.II.11288.
- H.V. : Note sous Crim., 9-6-1943 ; J.C.P. 1943.II.2422.
- WALINE : Note sous Trib. des conflits, 8-4-1935 ; D.P. 1935.3.25.

Table alphabétique des matières

NOTA : Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages.

— A —

- ACCUSATION, ACCUSATEUR : 8.
ACCUSATOIRE (procédure) : 2, 9, 19, 475, 484, 598, 606, 666.
ACCUSÉ (interrogatoire) : 410, 667, 801.
ACTE D'ADMINISTRATION : 39 à 41, 49 et ss., 241 ;
— définition : 111 ;
— caractères : 112.
ACTE D'INSTRUCTION : 40 à 42, 254 à 258, 467 à 471, 753 à 756, 933 à 940.
ACTE DE JURIDICTION : 37, 38, 40, 142, 148, 169, 170, 240 à 258, 581 (voir aussi *ordonnances*).
ACTE DE POLICE : 28, 307, 343 à 347, 469, 471, 544, 545, 601, 940 (voir aussi *police judiciaire, commission rogatoire*).
ACTE DE POURSUITE : 107, 108, 117, 118, 281, 324 à 327, 346, 347 bis, 467, 473, 551, 591, 599, 940, 941.
ACTION CIVILE : 476, 639 ;
— mise en mouvement (voir *constitution de partie civile*), 177 à 181, 640 à 644 ;
— recevabilité : 180, 183, 185 à 188, 499, 500, 528, 636, 643, 698, 750.
ACTION PUBLIQUE : 5, 42, 476, 604, 658 ;
— mise en mouvement (voir *constitution de partie civile et réquisitoire introductif*) ;
— irrecevabilité : 738 et 739.
— exercice : 753 (voir aussi *réquisitoire, communication au parquet et appel du ministère public*).
AMNISTIE : 658, 744, 931.
ANCIEN DROIT : 3 à 10, 472, 474 à 482.
ANNULATION : 149 (voir *nullités*).
APPEL : 240, 244 à 247, 435, 515, 518, 523, 524, 527 à 530, 533, 550, 622, 666, 698, 728, 866, 867, 913 ;
— effet dévolutif : 529, 750 à 752 ;
— inculpé : 115, 154, 175, 210, 245, 246, 578, 732 à 751, 919, 920 ;
— mineurs : 406 ;
— ministère public : 78, 115, 154, 246, 515, 632 à 638.
— partie civile : 179, 210, 246, 654 à 662.
ARTICLE 10 C.I.C. : 350 à 363.
ARTICLE 30 C.P.P. : 365 à 372 bis (voir aussi *préfets*).
ASSISES (voir *cour d'assises et président de la cour d'assises*).
AUDITIONS : 3, 308, 416, 646, 668 ;
— de la partie civile : 820 à 823 ;
— de témoin : 824 à 829, 933 ;
— de l'inculpé (voir *interrogatoire, inculpe, inculpation*).
AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE : 215, 232 à 235, 248 à 253, 431, 554, 558, 569, 592, 593, 820.
AVANT-DIRE DROIT (décisions) : 250, 583.
Aveu : 6, 293, 296, 474, 664, 679, 680, 759, 924, 925.
AVOCAT, DÉFENSEUR : 407, 646, 647, 663, 666, 701 (voir aussi *conseil*).

— B —

BIBLIOGRAPHIE : p. 683.

— C —

CAUTION (liberté provisoire) : 140.

CÉLÉRITÉ DE LA PROCÉDURE : 418.

CHAMBRE D'ACCUSATION : 20, 435, 516, 517, 579, 923 ;

— constatation des nullités : 914 à 920, 928 ;

— contrôle du juge d'instruction : 518, 574, 575.

— contrôle juridictionnel : 522 à 530, 750 à 752.

— pouvoir hiérarchique : 518 à 521 ;

— souveraineté : 437 à 439 ;

— supplément d'information : 435 à 447, 519 (voir *président de la Chambre d'accusation et supplément d'information*).

CHAMBRE DU CONSEIL : 18, 35, 209, 496, 502, 541.

CHARGES (suffisance ou insuffisance) : 550, 559, 560, 772, 936 (voir aussi *inculpation et indices graves et concordants*).

CHARGES NOUVELLES : 231, 593, 686.

CHOSE JUGÉE : 553, 554 (voir aussi *autorité de la chose jugée*).

CITATION :

— à témoin : 824 ;

— directe : 434, 562, 591 à 593, 601, 603, 604.

CLASSEMENT SANS SUITE : 95, 268, 604, 605.

CLÔTURE DE L'INSTRUCTION (voir *ordonnance de non-lieu, ordonnance de règlement, ordonnance de renvoi, ordonnance de soit-communié, ordonnance de transmission*) et en outre : 231 à 238, 629, 730.

COMMISSIONS ROGATOIRES : 12, 49, 53 à 75, 104, 112, 114, 196 à 198, 256, 463, 464, 470, 543, 637, 647, 692, 755, 788, 823, 850, 856 à 860, 882, 885, 894, 926 ;

— actes délégués : 59, 61, 65, 69 ;

— contrôle : 71, 72 ;

— date : 807 ;

— exécution : 70, 301, 858 ;

— générales : 62, 64, 164, 300, 807, 855 ;

— limites : 61 à 64, 299, 300 ;

— nature : 67 à 75 (acte d'instruction : 73, acte d'administration : 68) ;

— personnes déléguées : 58, 68, 69 ;

— prohibées : 46, 64, 162, 712.

COMMUNICATION :

— au conseil :

— dossier : 82, 225, 226, 721 à 725,

772, 774, 878 ;

— des ordonnances : 94, 150, 152, 193 à 195, 218, 231, 650, 653, 654, 726 à 731, 878, 882 ;

— aux parties : 213, 424, 768, 769, 775 ;

— au parquet (du dossier) : 53, 76,

77, 179, 186, 218 à 230, 407, 428,

448, 518, 599, 606, 622, 624 à 631,

687, 773, 805 ;

— des documents de police : 285.

COMPARUTION :

— inculpé (voir *mandats*) ;— témoin (voir *témoins*) ;

— partie civile : 106.

COMPÉTENCE : 173 à 175, 189, 526, 527, 561, 632, 660, 734, 736 à 739, 743, 744, 747, 748, 894 (voir aussi *ordonnance d'incompétence*) ;

— d'attribution : 93, 174 ;

— ordonnance : 92 ;

— *ratione materiae* : 398 ;— *ratione personae* : 398, 399 ;

— territoriale : 39, 53, 174.

CONFRONTATIONS : 47, 416, 460, 506, 642, 691, 693, 709 à 711, 723, 825.

CONSEIL :

— assistance : 701 à 705, 813, 815, 917 ;

— avis des ordonnances : 726 à 731, 878, 882 ;

— communication du dossier : 82, 225, 226, 721 à 725, 772, 774, 878 ;

— convocation : 650, 651, 705, 714 à 716, 719, 815, 884 ;

— pluralité : 717, 718 ;

— renonciation : 703, 704, 915.

CONSENTEMENT : 293 à 295, 313, 317, 322, 409, 689, 849.

CONSIGNATION : 182 à 184, 641, 643, 644.

CONSTATATIONS : 336.

CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE : 90, 172, 177 à 181, 184, 185, 237, 471, 498, 510, 601, 603, 605, 640 à 644, 740.

CONTRADICTION : 480, 761, 878 (voir aussi *accusatoire* (procédure) et *oralité des débats*).

CONTRAINTES : 47, 142, 145, 940.

CONTRAVENTION : 31, 433.

CONTRÔLE DES ACTES : 115, 121, 160, 428, 429, 518 à 530, 574 à 577, 917 à 920.

CONTUMACE : 422, 556.

CORRECTIONNALISATION JUDICIAIRE : 273.

CORRECTIONNALISATION LÉGALE : 273.

COUR D'ASSISES : 12, 20, 548 à 557 (voir aussi *président de la cour d'assises*).COUR DE SÛRETÉ DE L'ÉTAT (voir *sûreté de l'Etat*).CRIME FLAGRANT : 265, 330 (voir *flagrant délit*).

CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN L'ÉTAT : 820.

CULPABILITÉ : 315, 538, 540, 555, 559, 560
(voir aussi *inculpation*).

CUMUL DES FONCTIONS : 49, 74, 114, 420, 536, 537, 540 à 557, 585 à 589, 874 (voir aussi *séparation des fonctions*).

— D —

DÉFENSE :

— droits : 81, 112, 117, 204, 219, 220 à 224, 347, 505, 552, 596, 601, 671, 688, 693, 696, 697, 705, 772, 773, 779, 797, 806, 844, 846, 853, 879 à 890, 926 ;

— garanties : 480 à 482, 681 (voir aussi *conseil, inculpation tardive*).

DÉLÉGATIONS : 259, 470, 647, 856 ;

— prohibitions : 46, 64, 162, 712 ;

— de la Chambre d'accusation : 440 à 444 ;

— du juge d'instruction (voir *commissions rogatoires*) ;

— du juge de police : 433.

— des juridictions de jugement : 457 ;

— du préfet : 367 à 372 *bis* ;

— du président : 49 ;

— du président de la Chambre d'accusation : 532 ;

— du président de la cour d'assises : 415.

DÉLIT FLAGRANT : 167, 270 (voir *flagrant délit*).

DÉNONCIATION CIVIQUE : 4, 5.

DÉPÉRISSEMENT DES PREUVES (voir *flagrant délit*).

DÉPOSITION (voir *témoins, témoignage*).

DESSAISISSEMENT : 158, 218, 431, 524, 526, 527, 591, 648, 748 (voir aussi *ordonnance de dessaisissement*).

DÉTENTION ARBITRAIRE : 149, 163, 166, 384, 387, 674, 803, 808 ;

— illégale : 363, 383.

384, 387, 674, 803, 808.

DÉTENTION ILLÉGALE : 363, 383.

DÉTENTION PRÉVENTIVE : 10, 23, 84, 128,

132, 135, 144, 146, 165, 190, 257, 399,

403, 450, 477, 501, 528, 529, 535, 674,

745, 751, 808, 809, 867, 940 ;

— caractères : 135, 147, 156 ;

— durée : 136, 809, 867 ;

— prolongation : 138, 154, 158, 159, 450, 745.

DOMICILE (*inviolabilité*) : 300, 339, 341, 844 (voir aussi *perquisitions*).

DOSSIER D'INSTRUCTION (double) : 524, 721, 793.

DOSSIER DE PERSONNALITÉ : 538, 589, 696, 697, 713 (voir aussi *examen médical ou médico-psychologique et enquête sociale*).

— E —

ECRITE (procédure) : 113, 594 à 597, 759.
ELECTA *una via* : 554.

ENQUÊTE :

— civile : 4 ;

— officieuse : 49, 178, 180, 263, 269, 271, 273, 274, 276 à 301, 374, 483, 761 ;

— officieuse (mineurs) : 408 ;

— de personnalité : 257, 402 (voir aussi *dossier de personnalité*) ;

— préliminaire : 286, 302 à 328, 389, 434, 469, 612 (réglementation : 304, 309 et ss. ; nature de l'enquête : 325 à 328 ; personnes chargées : 305, 306) ;

— sociales : 402, 407, 508 ;

— sûreté de l'Etat : 347 *bis*.

EXAMEN MÉDICAL OU MÉDICO-PSYCHOLOGIQUE : 257, 407, 507, 508, 518, 538, 697, 728, 746, 867 ;

— de personnalité : 538, 589, 696, 697, 713.

EXPERT, EXPERTISES : 45, 191 à 206, 242, 256, 316, 414, 416, 423, 424, 433, 460, 507, 518, 544, 649, 699, 700, 708, 712, 713, 727, 729, 745, 751, 829, 830 à 841, 921, 923 (voir aussi *serment*) ;

— appel : 201, 202 ;

— nature des ordonnances : 203, 206 ;

— parallèle avec la commission rogatoire : 196 à 198 ;

— sur le fond : 192.

— F —

FAUTE LOURDE PROFESSIONNELLE (voir *responsabilité des magistrats*).

FLAGRANT DÉLIT (délit ou crime flagrant) : 28, 262, 265, 270, 274, 329, 330, 359, 374, 468, 470, 501, 600, 610, 622, 854 ;

— exclusion : 401 ;

— nature des pouvoirs : 343 à 347 ;

— notion de flagrant délit : 331, 332 ;

— pouvoirs : 335 à 342 ;

— sûreté de l'Etat : 347 *bis*.

FORCE PROBANTE (voir *preuve*).

FORMES, FORMALITÉS : 113, 121, 198, 322, 340, 757, 765, 845, 857 (voir aussi *preuve des formalités et nullité*) (les formes de chaque date d'instruction sont envisagées avec l'acte lui-même).

FOUILLE-A-CORPS : 299, 332, 848, 853, 907 (voir aussi *perquisition*).

— G —

GARANTIES : 9, 21, 120, 613, 941 ;

— objectives (voir *nullités et les formes spéciales à chaque acte*) ;

- subjectives (voir *indépendance du juge d'instruction*) ;
- de la défense (voir *défense et conseil*).

GARDE A VUE : 148, 168, 314, 317, 318, 322, 337, 339 à 341, 371, 372 *bis*, 388.
GREFFIER : 63, 419, 544, 785 à 793, 797, 842, 879 (voir aussi *serment*).

— H —

HISTOIRE : 1 à 30, 472, 474 à 482.

— I —

IMPARTIALITÉ : 512, 553, 601.
INAMOVIBILITÉ : 484, 485, 491, 492.
INCOMPÉTENCE : 173, 176, 755 (voir aussi *compétence et ordonnance d'incompétence*).
INCULPATION : 164, 165, 179, 668, 669, 670, 688, 886 ;
— matérielle : 673 ;
— tardive : 612, 671, 676 à 682, 884, 886.
INCLUPÉ : 46, 164, 282, 613, 645, 647, 663 à 666, 672, 840, 845, 856, 927 ;
— (appel) : 732 à 751 (voir aussi *appel*) ;
— (assistance d'un conseil) : 701 à 705 ;
— (conseil) : 666, 689 à 691 (voir aussi *conseil*) ;
— droits : 683 à 755 ;
— notion : 667 à 682 ;
— participation à la procédure : 684 à 700.
INDÉPENDANCE : 333, 440, 484, 485, 610, 614, 638, 752 à 754.
INDÉPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION :
— indépendance dans la fonction : 503 à 509 ;
— indépendance par le statut : 487 à 495 ;
— indépendance à l'égard de la Chambre d'accusation : 515 à 521, 522 à 530 ;
— indépendance à l'égard des juridictions de jugement : 536 à 597, 903 (indépendance des juridictions de jugement quant à la qualification : 559 à 570 ; limites de l'indépendance : 585 à 597) ;
— indépendance à l'égard du ministère public : 265 et ss., 344, 477, 479, 598 à 600, 614 à 622, 941.
INDICES GRAVES ET CONCORDANTS : 681, 871, 884, 886.
INNOCENCE (présomption) : 728, (voir aussi *détention préventive*).
INQUISITOIRE (procédure) : 14, 22, 598, 601, 941, 942.

INSTRUCTION A L'AUDIENCE : 7.

INSTRUCTION (voir *acte d'instruction et juge d'instruction*).

INTERPRÈTE : 544, 816 à 819 (voir aussi *serment*).

INTERROGATOIRE : 38, 131, 143, 145, 377, 417, 422, 447, 448, 460, 543, 627, 634, 673 à 675, 684, 693, 776, 803, 812 à 819, 840, 874, 878, 881, 893, 917 (voir aussi *inculpé et conseil*) ;

— nécessité : 513, 684, 706, 812, 892 ;

— notion : 707 à 713 ;

— première comparution : 404, 448, 685 à 689, 691 à 694, 812, 873, 879, 893 ;

— définitif : 725 ;

— par le président de la cour d'assises : 410, 667, 801.

INTERRUPTION (voir *prescription*).

INTIME CONVICTIO : 387, 467, 571 à 573, 594, 761, 938.

INVIOIABILITÉ DU DOMICILE : 300, 339, 341, 844 (voir aussi *perquisitions*).

IRRECEVABILITÉ :

— action civile : 180, 183, 636, 740, 745 (voir aussi *action civile, recevabilité*) ;

— action publique : 738 et 739.

— J —

JUGE DES ENFANTS : 189, 260, 407 à 409, 537 ;

— désignation et remplacement : 409.

JUGE D'INSTRUCTION :

— conscience : 11, 44, 156, 160, 669 ;

— désignation : 96, 97, 321, 488 à 495, 618 à 622 ;

— devoirs : 510 à 514, 605, 608, 677, 682 ;

— juridiction : 36, 37, 496 à 502 ;

— nomination : 489 à 492 ;

— officier de police judiciaire : 496, 497 ;

— remplacement : 105, 622 ;

— situation dans la hiérarchie : 493 à 495 ;

— souveraineté : 505, 506, 669, 752, 754 (voir aussi *indépendance*).

JUGE DE L'INSTRUCTION : 481, 494.

JUGE UNIQUE : 433.

JURIDICTION :

(voir *juge d'instruction, indépendance*) ;

— double degré : 559 ;

— plénitude : 567, 568, 570 ;

— d'instruction : 496 (voir *juge d'instruction et Chambre d'accusation*) ;

— de jugement (voir *indépendance et supplément d'information*).

— L —

LÉCALITÉ : 575 ;

— de la détention (voir *détention préventive*) ;

— de la poursuite : 350 (voir aussi *opportunité des poursuites*).

LIBERTÉ INDIVIDUELLE : 128, 129, 131, 318, 365, 535, 674, 675 (voir aussi *détention préventive, garde à vue, mandats*).

LIBERTÉ PROVISOIRE : 23, 81, 150, 156,

167, 250, 527, 632, 648, 734, 735, 863 ;

— mise en — : 139, 140, 150, 156, 159,

161, 163, 656 ;

— demande de — : 80, 152, 156, 161, 629, 195, 727 ;

— sous caution : 140, 732.

LIBRE PARTICIPATION : 293, 294, 296.

— M —

MAGISTRAT :

— inamovibilité : 484, 485, 491, 492 ;

— indépendance : 485 (voir aussi *indépendance*) ;

— responsabilité : 381, 392, 796, 889 ;

— du siège : 409, 485, 489, 490 ;

— spécialisation : 493 à 495, 516, 531, 585 ;

— infraction commise par un magistrat : 399.

MAINLEVÉE :

— mandat de dépôt : 127, 141, 153 ;

— saisie : 210, 212, 341.

MANDAT : 38, 47, 123, 125, 399, 805, 867, 888 ;

— d'amener : 126, 130, 131, 143, 144, 145, 377, 673, 803, 808, 863 ;

— d'arrêt : 127, 132, 133, 142, 146, 153, 155, 522, 524, 629, 675, 808, 863 ;

— de comparution : 126, 130, 143, 145, 673 ;

— de dépôt : 127, 134, 145, 146, 152, 153, 155, 167, 441, 477, 521, 524, 805, 863 ;

— nature juridique : 142 et ss.

MINEURS : 400 à 409, 585.

MINISTÈRE PUBLIC :

— appel : 632 à 638 (voir aussi *appel*) ;

— communication du dossier : 218 à 230, 624 à 631 (voir aussi *communication du dossier*) ;

— participation à l'instruction : 625 à 631, 814 ;
(voir aussi *procureur de la République, poursuite*).

MISE EN ACCUSATION : 548 à 552 (voir aussi *chambre d'accusation*).

MISE EN LIBERTÉ :

— de plein droit : 136, 137, 138, 154, 158 ;

— provisoire : 139, 140, 150, 156, 159, 161, 163, 656 ;

— office : 140, 151, 153, 156 ;
(voir aussi *liberté provisoire*).

MOTIFS, MOTIVATION (et *ordonnance motivée*) : 154, 187, 201, 204, 242, 402, 500, 507, 518, 521, 608, 624, 631, 660, 700, 728, 729, 865 à 868, 884.

— N —

NARCO-ANALYSE : 665.

NEUTRALITÉ DU JUGE : 512, 553, 601.

NON BIS IN IDEM : 591.

NON-CULPABILITÉ : 315, 538, 540, 555, 559, 560, 728.

NON-LIEU : 43, 95, 207, 231, 233 à 238, 251, 252, 366, 563, 592, 593, 656, 660, 737, 738, 747, 770, 864, 905, 936.

NULLITÉS (en général) : 116, 217, 271, 296, 322, 339, 342, 365, 370, 387, 419, 465, 519, 520, 526, 528 à 530, 540, 547, 548, 574, 577, 622, 627, 628, 634, 648, 653, 667, 671, 678, 682, 689, 704, 729, 741, 747, 750, 762 à 764, 790, 796, 797, 803, 821, 823, 831, 843, 850, 852, 868 à 871, 932 à 936 ;

— causes d'annulation : 872 à 890 ;

— nullités substantielles : 870, 878 à 890 (voir aussi *droits de la défense*) ;

— nullités textuelles : 871, 873 à 877 ;

— notion de nullité substantielle : 885 à 890 ;

— étendue de la nullité : 921 à 932 ;

— moment pour l'invoquer : 901 à 909, 937 ;

— cour d'assises : 903 ;

— tribunaux correctionnels : 904 à 906 ;

— nature des nullités : 892 à 895 ;

— nullité d'ordre public : 894, 895, 908, 909 ;

— pouvoirs de la chambre d'accusation : 574 à 577 ;

— pouvoirs des juridictions de jugement : 578 à 583 ;

— qui peut l'invoquer ? : 897 ;

— régime des nullités : 896 à 909 ;

— renonciation à la nullité : 899, 900, 915, 917, 936 ;

— réparation des nullités : 634, 898 ;

— réparation en cours d'instruction : 911 à 920, 937 ;

— suppression des actes nuls : 929, 930.

— O —

- OPPORTUNITÉ DES POURSUITES : 259, 268, 303, 607, 610.
- ORALITÉ DES DÉBATS : 278, 279, 284, 560, 586, 594, 595, 761.
- ORDONNANCES DU JUGE D'INSTRUCTION : 37, 50, 51, 240, 726 (voir aussi *motifs*, *motivation*).
- appel : 240 (voir aussi *appel*) ;
 - clôture : 231 à 238, 629, 730 ;
 - date : 806 ;
 - dessaisissement : 90, 100, 174, 727, 743 ;
 - incompétence : 173 à 176, 231, 727, 736 à 739 ;
 - jonction des procédures : 101, 103 ;
 - juridictionnelles : 50, 51, 171 ;
 - mise en liberté provisoire (voir *liberté provisoire* et *mise en liberté*) ;
 - non-lieu : 43, 95, 207, 231, 233 à 238, 251, 252, 366, 563, 592, 593, 656, 660, 737, 738, 747, 770, 864, 905, 936 ;
 - non-lieu partiel : 141, 237, 238, 864 ;
 - refus d'informer : 43, 178, 181, 183, 498, 500, 510, 511, 660, 863 ;
 - règlement : 227, 230, 863, 864, 867, 884 ;
 - renvoi : 231, 511, 514, 558, 561, 564, 565, 578, 636, 656, 741, 770, 864, 868, 928 ;
 - soit-communicé : 53, 76 à 88, 154, 218 à 230, 249, 523, 637, 656, 725, 727, 730, 882, 914, 916 ;
(nature : 79, 80, 88, 228, 230) ;
 - transmission : 94, 231, 730.

— P —

- PARTIE CIVILE : 22, 544, 639, 645 ;
- acquisition de la qualité : 640 à 644 ;
 - appel : 655 à 662 (voir aussi *appel*) ;
 - assistance d'un conseil : 650 à 654, 821 ;
 - audition : 46, 646, 647, 651, 820 à 823 ;
 - constitution : 90, 172, 177 à 181, 184, 185, 237, 471, 498, 510, 601, 603, 605, 640 à 644, 740 ;
 - recevabilité : 180, 183, 185 à 188, 499, 500, 528, 636, 643, 698, 740, 745, 750.
- PERQUISITIONS : 24, 25, 45, 56, 120, 145, 255, 296, 298, 299, 308, 313, 317, 332, 339, 341, 352, 354, 433, 501, 695, 713, 842 à 855, 874, 888, 907, 924, 925, 940.
- PERSONNALITÉ DU DÉLINQUANT : 399, 402, 407, 504, 506 à 509, 537, 585, 696 (voir

aussi *examen de personnalité* et *dossier de personnalité*).

PIÈCES À CONVICTION : 423 (voir aussi *saisies*).

PLAINTÉ : 172, 186, 259, 324, 499, 500, 605, 608, 613, 641, 642 (voir aussi *constitution de partie civile*).

POLICE JUDICIAIRE : 14 à 17, 20, 24, 26, 259, 262, 265 ;

- actes : 28, 307, 343 à 347, 469, 471, 544, 545, 601, 940 ;

- agents : 306, 333 ;

- nature des actes : 317 à 328 ;

- officiers : 14, 306, 344, 346, 544, 616, 617 ;

- pouvoirs : 266, 269, 298, 310 à 312, 315 ;

- délégations du préfet : 369, 370, 376, 377 ;

- commissions rogatoires (voir *commissions rogatoires*).

POURSUITE : 3, 107, 477, 599, 940 ;

- actes de poursuite : 107, 108, 117, 118, 281, 324 à 327, 346, 347 bis, 467, 473, 551, 591, 599, 940, 941 ;

- séparation de la poursuite et de l'instruction : 265 et ss., 344, 477, 479, 598 à 600, 614 à 622, 941 ;

- nouvelle : 87, 231, 593, 886.

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE : 432, 504, 596, 929.

PRÉFET : 23, 25, 33, 260, 348, 469, 874 ;

- délégations : 369, 370, 376, 377 ;

- nature des actes : 374 à 396 (contrôle : 394) ;

- pouvoirs : C.I.C. : 350 à 363, C.P.P. : 365 à 372 bis, 378, 379.

PRESCRIPTION : 753.

- interruption : 13, 28, 102, 104, 106, 109, 120, 121, 182, 251 à 253, 257, 281, 289, 292, 320, 323, 324, 327, 408, 418, 467, 473, 609, 758, 939 ;

- suspension : 292.

PRÉSIDENT DE LA COUR D'ASSISES : 260, 410, 555, 587 ;

- délégation : 415 ;

- désignation, 411 à 414 ;

- nature des actes : 418 à 430 ;

- pouvoirs : 416, 427, 428 ;
(voir aussi *pouvoir discrétionnaire* et *cour d'assises*).

PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION : 516, 531 ;

- désignation : 532 ;

- pouvoirs : 533 à 535 ;

- (voir aussi *chambre d'accusation*).

PRÉSUMPTION D'INNOCENCE : 148, 728 (voir aussi *détention préventive*).

PRESTATION DE SERMENT (voir *serment*).

PREUVE : 1, 258, 571 à 573, 589, 594, 595, 612, 760, 761 ;
 — d'une formalité (récépissés postaux) : 875 à 877, 922 ;
 — force probante des procès-verbaux de police : 280, 281, 285 ;
 — loyauté des preuves : 514, 664, 665, 882, 892, 894 (voir aussi *intime conviction*).

PRÉVENU : 667.

PROCÉDURE :

— accusatoire : 2, 9, 19, 475, 484, 598, 606, 666 ;
 — civile : 3, 785, 834, 870, 942 ;
 — écrite : 113, 594 à 597, 759 ;
 — inquisitoire : 14, 22, 598, 601, 941, 942 ;
 — militaire : 79, 82, 222 à 224, 274, 286, 398, 458, 569, 744 ;
 — orale : 113, 594 à 597, 759.

PROCÈS-VERBAL : 789, 791, 875 à 877 ;

— audition de partie civile : 821 à 823 ;
 — audition de témoin : 791, 824 à 829 ;
 — de constatation : 609 ;
 — date : 802 à 810, 859 ;
 — enquête : 342 ;
 — interrogatoire : 685, 686, 689, 791, 794, 797, 804, 815, 875 (voir aussi *interrogatoire*) ;
 — ratures : 795, 800 ;
 — perquisition : 791, 843 ;
 — de police : 280, 281, 285 à 287 ;
 — saisie : 843 (voir aussi *saisies*) ;
 — signatures : 796 (voir aussi *signatures*) ;
 — transport sur les lieux : 791, 832 (voir aussi *transport sur les lieux*).

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE : 262, 267, 270, 272, 333, 334, 467, 484, 598, 599, 753 ;

— appel : 632 à 638 (voir aussi *appel*) ;
 — communication du dossier : 218 à 230, 624 à 630 (voir aussi *communication du dossier*) ;
 — participation à l'instruction : 625 à 631, 814 ;
 — requête : 407, 918.

PUBLICITÉ : 9, 478 (voir aussi *procédure accusatrice et oralité des débats*).

— Q —

QUALIFICATION : 86, 92, 232 à 234, 248, 559, 562, 567, 570, 606, 686, 862 à 864.

— R —

RECEVABILITÉ :

— action civile : 180, 183, 185 à 188, 499, 500, 528, 636, 643, 698, 750 ;
 — action publique : 738, 739.

RÉCUSATION : 549.

REFUS D'INFORMER : 43, 178, 181, 183, 498, 500, 510, 511, 660, 863.

RÈGLEMENT DE JUGES : 98, 565, 566.

REMPLACEMENT (du juge d'instruction) : 105, 622.

RENSEIGNEMENTS : 280, 281, 284, 286, 287, 413, 755, 834, 835, 839.

RENOI : 231, 511, 514, 558, 561, 564, 565, 578, 636, 656, 741, 770, 864, 868, 928 (voir aussi *chambre d'accusation* et *nullités*).

RÉOUVERTURE SUR CHARGES NOUVELLES : 95, 231, 593, 686.

REQUÊTE (du ministère public) : 407, 918.

RÉQUISITOIRE : 118, 611 ;

— introductif : 172, 286, 324, 407, 498, 601, 602, 607, 668, 686, 794, 807 ;
 — de non-informer : 603 ;
 — supplétif : 606, 669, 687, 688 ;
 — définitif : 249, 802, 805.

RÉSIDENCE (voir compétence territoriale).

RESPONSABILITÉ :

— de l'Etat : 393, 394, 396, 889 ;
 — magistrats : 149, 381, 392, 796, 889 ;
 — personnelle du préfet : 366, 370, 377, 382 à 384, 392, 393, 396 ;
 — de la partie civile : 603.

RESTITUTIONS : 207, 695, 742, 749 ;

— nature de l'ordonnance : 211, 213 à 217 ;
 — nature de la requête : 210.

— S —

SAISIES : 25, 120, 255, 298, 307, 336, 341, 352, 355, 365, 388, 395, 695, 843 à 846, 852, 940.

SAISINE : 24, 172, 186, 345, 600, 602 à 613, 615, 894 ;

— *in personam* : 436 ;

— *in rem* : 237, 606 et ss., 686, 864.

SCELLÉS : 341, 840, 846.

SECRÉT :

— de la procédure : 56, 424, 475, 479, 481, 767 à 783, 812 ;
 — professionnel : 341, 775, 780, 783, 827, 846, 852, 853.

SÉPARATION :

— des autorités administratives et judiciaires : 348 ;
 — des fonctions : 941 ;
 — de l'instruction et du jugement : 540 à 557 (voir aussi *indépendance du juge d'instruction à l'égard*

- des juridictions de jugement*) ;
 — de la poursuite et de l'instruction : 265 et ss., 344, 477, 479, 598 à 600, 614 à 622, 941.
- SERMENT :
 — experts : 424, 830 à 833, 836, 838, 839, 921, 923 ;
 — greffier : 787, 789, 879 ;
 — homme de l'art : 338, 835 ;
 — inculpé : 665, 668, 676, 812, 829, 880, 894 ;
 — interprète : 817, 819 ;
 — partie civile : 822, 829 ;
 — témoins : 827, 828.
- SIGNATURE : 342, 419, 794, 796 à 799, 841, 852, 859, 877, 879.
- SOIT-COMMUNIQUÉ : 53, 76 à 88, 154, 218 à 230, 249, 523, 637, 656, 725, 727, 730, 882, 914, 916.
- SPÉCIALISATION DES Juges : 493 à 495, 516, 531, 585.
- SUPPLÉMENT D'INFORMATION : 20, 21, 104, 260, 284, 287, 410, 414, 418, 421, 422, 425, 431, 523, 550, 587, 588, 902.
- chambre d'accusation : 435, 436 à 439, 519 ;
 — — magistrat délégué : 440 à 444 ;
 — — pouvoirs du juge : 445 à 447 ;
 — — nature des actes : 447 ;
 — Cour d'assises : 451 (voir aussi *président de la cour d'assises*) ;
 — juridictions correctionnelles : 434, 452 à 466 ;
 — — magistrat délégué : 452, 455 à 457 ;
 — — hypothèse de supplément : 453, 454 ;
 — — pouvoirs du magistrat : 459 à 461 ;
 — — nature des actes : 459 à 466 ;
 — tribunal de police : 433.
- SÛRETÉ DE L'ÉTAT : 339, 347 *bis*, 351, 355, 365, 367, 371, 372 *bis*.
- T —
- TÉMOIGNAGES : 308, 340, 388, 466, 506.
- TÉMOINS : 46, 47, 190, 416, 417, 460, 544, 613, 668, 671, 679, 680, 681, 684, 782, 798, 824 à 829, 858.
- TRANSPORT SUR LES LIEUX : 45, 240, 255, 333, 625, 626, 630, 693, 842.
- TRIBUNAL CORRECTIONNEL (voir *supplément d'information, indépendance du juge d'instruction et séparation de l'instruction et du jugement*).
- V —
- VICES DES ACTES (voir *nullités*).
- VICTIME : 22, 603 (voir aussi *partie civile*).
- VISITE DES LIEUX : 432, 460.
- VISITE DOMICILIAIRE : 24, 339, 463, 695 (voir aussi *perquisition*).
- VOIES DE RECOURS : 163 (voir aussi *appel*).

Table analytique des matières.

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.)

	Pages
INTRODUCTION : 1-30	1

PREMIÈRE PARTIE

LA DETERMINATION DE L'ACTE D'INSTRUCTION : 31-34 ...	17
--	----

TITRE PREMIER

L'ACTE D'INSTRUCTION

ET LES ACTES DU JUGE D'INSTRUCTION : 35-40	21
--	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Les actes d'administration du juge d'instruction</i> : 41-42 .	25
---	----

<i>Section préliminaire.</i> — La détermination des actes d'instruction par nature : 43-44	26
1. Les constatations directes du juge : 45	27
2. Les révélations d'autrui : 46-48	28

<i>Section I.</i> — Les actes d'administration dégagés par la jurisprudence : 49-52 .	30
---	----

§ 1. Les actes d'administration complexes : 53	33
--	----

A. La commission rogatoire : 54	34
---------------------------------------	----

1. Evolution de la législation et de la pratique : 55-66	34
--	----

2. Nature de la commission rogatoire : 67	44
---	----

— La commission rogatoire est un acte d'administration : 68-72 .	45
--	----

— La commission rogatoire est un acte d'instruction : 73-75	48
--	----

B. L'ordonnance de soit-communiqué : 76-88	50
--	----

§ 2. Les applications jurisprudentielles de la notion d'acte d'administration : 89	60
A. La première tentative jurisprudentielle	61
1. L'ordonnance de dessaisissement : 90-100	61
2. L'ordonnance de jonction des procédures : 101-103	68
B. L'extension donnée par la jurisprudence récente : 104-110	70
Section II. — Essai d'une définition de l'acte d'administration : 111	75
§ 1. Les caractères des actes d'administration : 112-119	76
§ 2. Comparaison des actes d'administration et des actes d'instruction : 120-122	80
CHAPITRE II. — <i>Les mandats</i> : 123-125	83
Section I. — Les différents mandats et le régime de la détention préventive : 126-129	84
§ 1. Les mandats dans le Code de procédure pénale : 130-134	87
§ 2. La détention préventive : 135-141	91
Section II. — La nature juridique des mandats du juge d'instruction : 142	95
§ 1. Les mandats qui se résolvent dans l'exécution d'un acte d'instruction : 143-145	96
§ 2. Les mandats établissant la mise en détention préventive : 146-155 ...	98
— Conditions de fond : 156-163	106
— Conditions de forme : 164-168	112
CHAPITRE III. — <i>Les actes de juridiction du juge d'instruction</i> : 169-170	115
Section I. — Les différents actes juridictionnels dégagés par la jurisprudence : 171	116
§ 1. Les actes juridictionnels qui interviennent dès l'ouverture de l'instruction : 172	116
A. L'ordonnance statuant sur la compétence : 173-176	117
B. Les ordonnances relatives à la constitution de partie civile : 177 ..	120
1. Le refus d'informer : 178-181	120
2. L'ordonnance fixant le montant de la consignation : 182-184 ...	123
C. L'ordonnance statuant sur la recevabilité de l'action de la partie civile : 185-188	125
§ 2. Les actes juridictionnels accomplis en cours d'instance : 189-190	128
A. Les décisions du juge d'instruction rendues à propos de l'expertise : 191-206	129
B. L'ordonnance de restitution d'objets saisis : 207-217	139
C. L'ordonnance de soit-communiqué préalable à la décision de clôture : 218-219	147
1. La jurisprudence : 220-227	148
2. Nature juridique : 228-230	152
§ 3. Les ordonnances juridictionnelles qui interviennent à la clôture : 231 ..	155
A. Le caractère juridictionnel des ordonnances de règlement : 232 ..	156
B. Les problèmes soulevés par les ordonnances de non-lieu : 233-238 ..	157
Section II. — Esquisse d'une théorie de l'acte juridictionnel du juge d'instruction : 239	160

	Pages
§ 1. La notion d'acte juridictionnel : 240-242	160
§ 2. Le particularisme de l'acte juridictionnel rendu au cours de l'instruction préparatoire : 243	162
A. Le particularisme du droit d'appel : 244-247	162
B. Le particularisme de la chose jugée : 248-253	165
<i>Conclusion du titre I^{er} : 254-258</i>	<i>168</i>

TITRE II

L'ACTE D'INSTRUCTION

EST-IL TOUJOURS UN ACTE DU JUGE D'INSTRUCTION: 259-261 ..	171
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Les actes de la police judiciaire : 262-264</i>	<i>173</i>
--	------------

<i>Section I. — L'évolution des attributions de la police judiciaire : 265</i>	<i>174</i>
--	------------

§ 1. La fonction de la police judiciaire (de 1808 à 1897) : 266-269	175
---	-----

§ 2. L'incidence des lois du 20 mai 1863 et du 8 décembre 1897 : 270-275 ..	178
---	-----

<i>Section II. — Les enquêtes officieuses et la jurisprudence : 276</i>	<i>183</i>
---	------------

§ 1. La jurisprudence antérieure à 1897 : 277	183
---	-----

A. Les arrêts motivés par l'oralité des débats : 278-279	184
--	-----

B. Les arrêts admettant les procès-verbaux à titre de simples renseignements : 280-281	185
--	-----

§ 2. La jurisprudence postérieure à 1897 : 282	187
--	-----

A. Le courant traditionaliste : 283	188
---	-----

1. Les arrêts fondés sur la communication et le libre débat à l'audience des documents présentés par le ministère public : 284-285	188
--	-----

2. Les arrêts reconnaissant aux actes de la police judiciaire le caractère de simples renseignements : 286-287	190
--	-----

B. Le courant novateur : 288	192
------------------------------------	-----

1. La jurisprudence admettant un effet plus important que le simple renseignement	193
---	-----

a) L'effet interruptif de la prescription : 289-292	193
---	-----

b) La libre participation des individus aux opérations menées par la police judiciaire : 293-296	196
--	-----

2. La jurisprudence limitant l'action de la police judiciaire: 297 ..	199
---	-----

a) L'interprétation stricte des textes particuliers : 298-299	200
--	-----

b) La limitation des commissions rogatoires : 300-301	201
---	-----

<i>Section III. — La consécration législative de l'enquête préliminaire : 302 ..</i>	<i>203</i>
--	------------

§ 1. Les textes relatifs à l'enquête préliminaire : 303	204
---	-----

A. La réglementation souple : 304	204
---	-----

1. Les personnes chargées de l'enquête : 305-306	205
--	-----

2. Les actes de l'enquête préliminaire : 307	206
--	-----

— Le domaine de l'enquête : 308	206
---------------------------------------	-----

— L'absence de formalisme : 309	207
---------------------------------------	-----

B. La limitation des pouvoirs de la police judiciaire : 310	208
---	-----

1. Incompétence de certaines personnes	208
--	-----

— Incompétence relative : 311	208
-------------------------------------	-----

— Incompétence absolue : 312	209
------------------------------------	-----

	Pages
2. La réglementation de certains actes : 313	210
a) Les formalités : 313-314	211
b) L'interdiction de certains actes : 315-316	213
§ 2. La nature juridique des actes de la police judiciaire : 317-319	216
A. Les actes de police judiciaire ne peuvent constituer des actes d'instruction : 320	218
1. Motifs tenant aux personnes : 321	219
2. Motifs tenant aux actes : 322-323	220
B. Les actes de la police judiciaire sont des actes de poursuite : 324 ..	222
1. La pratique : 324-325	222
2. La jurisprudence : 326-328	223
<i>Section IV. — Les problèmes particuliers posés par la flagrance : 329</i>	<i>225</i>
§ 1. Le cadre juridique de l'enquête de flagrant délit : 330	226
A. Les conditions de la mise en œuvre des pouvoirs du flagrant délit : 331	227
1. Notion du flagrant délit : 331-332	227
2. Qui peut être chargé de l'enquête ? : 333-334	229
B. Le contenu des pouvoirs : les actes permis au cours de l'enquête : 335	231
1. Les mesures relatives à la conservation des traces et justifiées par l'urgence : 335	231
a) Les lieux : 336	231
b) Les mesures relatives aux personnes : 337	232
c) L'appréciation urgente d'une constatation : 338	233
2. L'extension des pouvoirs reconnus en matière d'enquête préliminaire : 339	233
a) La réglementation identique : 339	233
b) Domaine accru de la coercition : 340	235
— Extension du domaine des actes : 340	235
— L'augmentation du formalisme : 341-342	236
§ 2. La nature des actes de l'enquête de flagrant délit : 343	238
1. Avant le Code de procédure pénale : 344	238
2. Le Code de procédure pénale : 345-347	239
Appendice : L'enquête préliminaire en matière de sûreté de l'Etat : 347 bis	242
<i>CHAPITRE II. — Les attributions des préfets : police ou justice ? : 348</i>	<i>244</i>
<i>Section I. — Le contenu des pouvoirs des préfets : 349</i>	<i>245</i>
§ 1. Le Code d'instruction criminelle : 350-355	245
§ 2. Les réformes apportées au texte du Code d'instruction criminelle : 356 ..	249
A. La loi du 7 février 1933 : 357-358	250
B. La loi du 25 mars 1935 : 359	251
1. Le domaine limité : 359	251
2. Les garanties : 360-361	252
C. Le décret-loi du 1 ^{er} juillet 1939 : 362-363	253
§ 3. Le Code de procédure pénale : 364	254
A. Les travaux préparatoires : 365-366	254
B. L'article 30 du Code de procédure pénale et les modifications ultérieures : 367	257
1. La rédaction primitive du Code de procédure pénale : 368-370 ..	257
2. La rédaction de l'article 30 C.P.P. selon l'ordonnance du 13 février 1960 : 371-372	260

	Pages
3. La rédaction de l'article 30 C.P.P. depuis les lois du 15 janvier 1963 : 372 bis	262
<i>Section II. — La qualification des actes exécutés par le préfet : 373</i>	<i>262</i>
§ 1. La situation en l'absence de toute limitation : 374-375	263
A. Le préfet ne peut accomplir tous les actes du juge d'instruction ..	264
1. Respect des formes prévues pour le juge d'instruction : 376-377 ..	264
2. Exclusion des actes de juridiction : 378-379	266
B. Le préfet n'est pas un juge d'instruction : 380	266
1. Non-soumission aux obligations du juge : 380	267
2. Le régime différent de mise en œuvre de la responsabilité : 381-384	267
§ 2. La situation résultant de l'attribution au préfet de pouvoirs limités : 385	270
A. Le préfet accomplit des actes de police judiciaire : 386	270
1. Les réformes de la loi de 1935 : 386	271
2. Le Code de procédure pénale : 387-390	271
B. Le préfet ne fait pas partie de la police judiciaire : 390	273
1. L'absence de surveillance : 391	273
2. Le régime spécial de la responsabilité : 392-396	274
<i>CHAPITRE III. — Les magistrats chargés d'une mission d'information : 397 ...</i>	<i>279</i>
<i>Section I. — Les magistrats instructeurs particuliers : 398-400</i>	<i>279</i>
§ 1. L'instruction des affaires de mineurs : 401	282
A. L'instruction menée par le juge d'instruction : 402-406	283
B. L'instruction menée par le juge des enfants : 407-409	285
§ 2. Le président de la cour d'assises : 410	288
A. Les pouvoirs du président de la cour d'assises : 411	289
1. La détermination du titulaire : 412-415	289
2. Le contenu des pouvoirs : 416-417	292
B. La nature des actes : 418	294
1. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle : 419-421	294
— actes à statut différent : 422-423	296
— actes soumis aux règles du C.I.C. : 424-425	297
2. Sous l'empire du Code de procédure pénale : 426-430	299
<i>Section II. — Le supplément d'information ordonné par une juridiction collégiale : 431-434</i>	<i>302</i>
§ 1. Le supplément d'information ordonné par la juridiction collégiale d'instruction : 435	305
A. Les pouvoirs : 436-446	305
B. La nature des actes : 447-450	314
§ 2. Le supplément d'information ordonné par les juridictions collégiales de jugement : 451	317
A. La désignation du titulaire des pouvoirs : 452-458	318
B. L'étendue et la nature des pouvoirs : 459	323
1. Exclusion des actes juridictionnels : 459	323
2. Pouvoirs d'instruction : 460	324
3. La nature depuis le Code de procédure pénale : 461-466	325
<i>Conclusion du Titre II et de la 1^{re} Partie : 467-473</i>	<i>330</i>

DEUXIÈME PARTIE

LES GARANTIES DE L'ACTE D'INSTRUCTION : 474-482	335
---	-----

TITRE PREMIER

LA GARANTIE

TENANT A LA QUALITE DE L'AUTEUR DE L'ACTE : 483-484 ..	343
--	-----

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'indépendance du juge d'instruction dans la hiérarchie judiciaire</i> : 485-486	345
---	-----

Section I. — L'indépendance du juge d'instruction de par son statut : 487 ..	346
--	-----

§ 1. Le mode de désignation : 488	347
---	-----

A. Nomination : 489-492	347
-------------------------------	-----

B. La situation du juge d'instruction dans la hiérarchie judiciaire : 493-495	351
---	-----

§ 2. Les pouvoirs du juge d'instruction : la fonction d'instruction : 496-497	353
---	-----

A. La fonction d'instruction requiert des attributions juridictionnelles : 498-502	355
--	-----

B. L'aspect juridictionnel de la fonction d'instruction : 503	358
---	-----

1. Le principe de l'indépendance du juge pour mener l'information : 504-509	358
---	-----

2. La limite de l'indépendance du juge d'instruction : ses devoirs de juge : 510-514	364
--	-----

Section II. — L'indépendance du juge d'instruction à l'égard de la juridiction d'instruction du deuxième degré : 515-516	368
--	-----

§ 1. Les pouvoirs de la chambre d'accusation : 517	370
--	-----

A. Les aspects du contrôle hiérarchique : 518-521	370
---	-----

B. Le contrôle juridictionnel : 522-523	374
---	-----

— La législation : 524-526	375
----------------------------------	-----

— La jurisprudence : 527-530	377
------------------------------------	-----

§ 2. Les attributions du président de la Chambre d'accusation : 531	380
---	-----

A. La désignation du magistrat : 532	380
--	-----

B. Les pouvoirs du président de la Chambre d'accusation : 533-535 ..	381
--	-----

Section III. — L'indépendance du juge d'instruction à l'égard des juridictions de jugement : 536-538	384
--	-----

§ 1. L'indépendance respective du juge d'instruction et de la juridiction de jugement : 539	387
---	-----

A. L'indépendance résultant de l'interdiction du cumul : 540	387
--	-----

1. Le fondement de l'interdiction : 541-542	388
---	-----

— L'interdiction relative au juge d'instruction : 543-547	389
---	-----

— L'interdiction concernant la chambre d'accusation : 548-552 ..	394
--	-----

2. La même affaire, au sens de l'article 49, al. 2, du C.P.P. : 553-557	397
---	-----

B. L'indépendance de la juridiction de jugement à l'égard des actes effectués au cours de l'instruction : 558	400
1. L'indépendance de la juridiction de jugement en ce qui concerne la qualification des faits : 559-570	401
2. L'indépendance de la juridiction de jugement pour l'appréciation des actes d'instruction : 571-583	410
§ 2. Les interférences entre les deux ordres de juridiction : 584	420
A. Les interférences relatives aux personnes : 585-589	420
B. Les interférences relatives aux actes : 590	423
1. Tant qu'une juridiction d'instruction est saisie, la juridiction de jugement ne peut effectuer aucun acte : 591-593	423
2. La juridiction de jugement peut utiliser tous les documents de l'instruction préparatoire : 594-597	426
CHAPITRE II. — <i>Les droits des parties au cours de l'instruction préparatoire</i> : 598-601	430
Section préliminaire. — La saisine du juge d'instruction, inquisition ou accusation : 602-613	433
Section I. — La situation du ministère public : 614	444
§ 1. La libération du juge d'instruction des sujétions de la partie publique : 615	445
A. Le juge d'instruction n'est plus officier de police judiciaire : 616-617	445
B. Le juge d'instruction n'est plus choisi par le ministère public : 618-622	447
§ 2. Les attributions du ministère public résultant de sa qualité de partie à l'instance : 623	450
A. Le droit de communication du procureur de la République : 624-631	451
B. Le droit d'appel du procureur de la République : 632-638	456
Section II. — La situation de la partie civile : 639	461
§ 1. L'acquisition de la qualité de partie civile : 640-644	461
§ 2. Les droits de la partie civile : 645	466
A. La participation à la procédure : 646	466
1. La participation à la procédure de la partie civile elle-même : 647-649	467
2. La participation de la partie civile à la procédure, par l'intermédiaire de son conseil : 650-654	469
B. Le droit d'appel de la partie civile : 655-662	472
Section III. — La situation de l'inculpé : 663-666	478
§ 1. La notion d'inculpé : 667	481
A. Qui le juge d'instruction peut-il inculper ? : 668-671	481
B. La détermination du moment de l'inculpation : 672	484
1. Le moment matériel de l'inculpation : 673-675	484
2. Le moment intellectuel de l'inculpation : 676-682	486
§ 2. Les droits de l'inculpé : 683	493
A. La participation de l'inculpé à l'instruction : 684	494
1. La participation de l'inculpé seul : 685-700	494

	Pages
2. L'inculpé assisté d'un conseil : 701	507
— Renonciation générale : 702-703	508
— Renonciation spéciale : 704	509
a) Assistance aux interrogatoires : 705-720	510
b) La connaissance du dossier : 721	524
1. La communication du dossier de la procédure : 721-725	524
2. L'avis des ordonnances juridictionnelles : 726-734	528
B. Le droit d'appel de l'inculpé : 732-734	533
1. La jurisprudence rendue en application de l'article 135 C.I.C. : 735-744	535
2. Le Code de procédure pénale et son application, 745	543
a) Interprétation restrictive des textes : 746-749	544
b) La Chambre d'accusation doit respecter l'effet dévolutif de l'appel : 750-752	547
<i>Conclusion du Titre I^{er} : 753-756</i>	<i>550</i>

TITRE II

**LES GARANTIES OBJECTIVES
DE L'ACTE D'INSTRUCTION : 757-764**

553

CHAPITRE PREMIER. — Les règles objectives applicables aux actes d'instruction : 765	559
<i>Section I. — Les règles communes à tous les actes d'instruction : 766</i>	<i>560</i>
§ 1. Le secret de l'instruction : 767-783	560
§ 2. Les formes matérielles de tout acte d'instruction : 784	570
A. La rédaction de l'acte : 785-793	571
B. Le contenu de l'acte : 794-795	576
1. La signature : 796-799	577
2. Les ratures et les renvois : 800	580
3. La mention de l'auteur de l'acte : 801	580
4. La date : 802-804	581
a) La date mentionnée sans aucune sanction : 805	583
b) La date nécessaire à la garantie des droits de la défense : 806-807	583
c) La date, élément de garantie en matière de restriction à la liberté individuelle : 808-810	585
<i>Section II. — Les règles particulières à certains actes du juge d'instruction : 811</i>	<i>587</i>
§ 1. Les formalités spéciales à certains actes du juge d'instruction : 811 ..	587
A. L'interrogatoire : 812-819	587
B. L'audition de la partie civile : 820-823	593
C. Les auditions de témoins : 824-829	595
D. L'expertise : 830-834	600
— Assistance d'un tiers : 834	603
— Homme de l'art sollicité sans obligation de serment : 835	604
— Le Code de procédure pénale : 836-841	605
E. Les perquisitions et les saisies : 842-855	610
F. Les commissions rogatoires : 856-860	620

	Pages
§ 2. Les formes particulières aux actes de juridiction : 861	623
A. La mention du fait et de la qualification légale : 862-864	623
B. L'obligation de motivation : 865-868	625
CHAPITRE II. — <i>L'annulation des actes d'instruction</i> : 869-871	628
Section I. — Les causes d'annulation : 872	630
§ 1. Les nullités textuelles : 873-877	630
§ 2. Les nullités substantielles : 878	634
A. Les formes substantielles du Code d'instruction criminelle : 879-880	634
B. Les dispositions de la loi de 1897 : 881-883	635
C. Le Code de procédure pénale : 884-890	637
Section II. — Le caractère des nullités : 891	642
§ 1. La nature des nullités : 892-895	642
§ 2. Le régime des nullités : 896	645
A. Qui peut invoquer la nullité ? : 897	645
B. La réparation des irrégularités : 898-900	646
C. Le moment auquel doit être invoquée la nullité : 901-909	648
Section III. — La nullité et l'instance préparatoire : 910	657
§ 1. L'autorité chargée de constater la nullité : 911-920	658
§ 2. La détermination de l'étendue de la nullité : 921-932	664
Conclusion du titre II et de la 2 ^e partie : 933-937	673
Conclusion générale : 938-942	677
Bibliographie	683
Table alphabétique	695

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS -- 1016

Dépôt légal : 2^e Trimestre 1965

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON

77, rue du Cardinal-Lemoine

PARIS (5^e)

N° 140

11-6-65

